



الدكتور عبد الحميد حجازي

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق — جامعة عين شمس

والقاضي أمام محكمة النقض

محاضرات في

المدخل لدراسة العلوم القانونية

١

القانون

المجلة الخامسة، ١٩، ١٧، ١٦، ١٥، ١٤، ١٣، ١٢، ١١، ١٠، ٩، ٨، ٧، ٦، ٥، ٤، ٣، ٢، ١

فصل تمهيدى

١ - العلوم الطبيعية والعلوم الاجتماعية : ثمة مجموعتان من العلوم : مجموعة العلوم الطبيعية كالفيزياء والكيمياء والفلك الخ ، وهذه تبحث الأشياء والظواهر التى تحدثها القوى الطبيعية . وإلى جوار هذه المجموعة من العلوم توجد مجموعة أخرى تتناول كل ما يحدثه النشاط الذهنى البشرى ، وهذه تسمى العلوم الاجتماعية بالنظر إلى أن النشاط البشرى يقع دائماً داخل نطاق الجماعة . ومنال هذه العلوم الاجتماعية ، التاريخ والاقتصاد والقانون .

٢ - علم القانون : وأقدم العلوم الاجتماعية وأكملها هو علم القانون ، وهو يشتمل على القواعد الأساسية التى تنظم المجتمع البشرى ، والتى تسمى القواعد القانونية . وليس علم القانون هو علم فرض المنازعات التى ترفع إلى المحاكم ، إذ هو يبين قبل كل شيء ما إذا كان عمل ما متفقاً مع القانون أو مخالفاً له ، ولهذا فإن من يسير فى حياته وفق ما يقضى به القانون يستشعر الأمن والطمأنينة فى عمله ويحس القوة اللازمة لحماية حقوقه .

وعلم القانون لا يعوزه الضبط والإحكام ، إذ هو يعتمد على المنطق السليم الذى جعله يحاكي العلم الدقيق . حتى لقد قيل فيه إنه بمنزلة الحساب من العلوم الاجتماعية الأخرى . لذلك ينبغى فى دراسة علم القانون اعتياد الدقة والضبط ، فيجب فى العبارات القانونية أن تكون كل عبارة محسوبة بدقة وعناية . فرب كلمة تنقل أو يستبدل بها غيرها يصير الكلام بسببها غير واضح ، مما قد يفضى إلى نزاع يطول أمده .

ويجب على من أعد نفسه لدراسة القانون ألا يحسب أنه مكلف فقط باستظهار معلومات معينة يعرف كيف يستخدمها لمصلحته أو لمصلحة غيره

بل يجب عليه أيضاً أن يعلم أنه في بداية الطريق إلى مادة تقتضيه دقة علمية كبرى وإحساساً أدبياً رفيعاً .

٣ - ومثل هذه الدراسة إنما تتحقق شيئاً فشيئاً وبطريقة منظمة ، فيجب منذ البداية أن تعتمد ثقافة النشء القانوني على أسس تاريخية واجتماعية ثم يعطى الطالب معلومات إجمالية مختصرة في جميع العلوم القانونية بحيث يتاح له فيما بعد أن ينمى هذه المعلومات ويعمقها . ويسكفل تحقيق هذه الغاية ما يعطاه الطالب من دراسات أولية وأفكار تمهيدية في القانون كله عامة وخاصة . وإنه لعالم جديد بالنسبة لطالب السنة الأولى في كلية القانون يجب عليه أن يلزم به ، ومن هنا كانت صعوبة هذه الدراسة .

لذلك يتعين على طالب السنة الأولى ألا يدخر وسعاً في تحمل أعباء هذه الدراسة وهي أعباء غير هينة ، لا يقتصر الأمر فيها على أن يبذل الطالب جهداً يعتمد على الذاكرة ، فدراسة القانون تقتضى بصغة أساسية النعم والتدبر ، ومن ثم يجب على طالب القانون أن يواصل إعمال فكره فلا يكتفى بأن يتابع ما يعطى له بل يناقش ، فالعلم على المناقشة أثبت منه على المتابعة ، ثم يجب على الطالب ، إلى جوار ما يعطاه ، أن يعتمد إلى حد غير قليل على قراءاته الشخصية في مختلف كتب القانون التي تعالج الموضوع الذي يدرسه ، ذلك أن الاستماع إلى الدروس ، على عظم أهميته ، لا يجوز أن يكون هو قصارى جهد الطالب المتطلع إلى حظ أوفر في هذا المجال .

ويجب أن تقتزن دراسة النظريات بقراءة النصوص القانونية ، فكما ذكرت مادة وجب على الطالب أن يرجع إلى مكانها في القانون ويقرأها مع النصوص القريبة منها ، بل إن من النصوص القانونية الأساسية ما يجب على الطالب أن يستظهره . وكذلك ينبغي على الطالب ، إلى جانب تودده استعمال المجموعات القانونية ، أن يعتاد الرجوع إلى المجلات القانونية .

٤ - صلة علم القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى : علم القانون علم واسع لاتصاله بعلوم اجتماعية أخرى : ففي حين يستند على الدراسات التاريخية ، ويأخذ من الفلسفة بنصيب غير قليل ، إذا به يعتمد على الإلمام بعلوم أخرى كالتاريخ والاقتصاد وعلم الاجتماع .

٥ - (١) صلة القانون بالتاريخ : ان دراسة التاريخ لازمة لبحث الظواهر الاجتماعية ، فهي من العلوم الاجتماعية بمنزلة معمل تجارب حقيقي . وأهمية الطريقة التاريخية في دراسة القانون أمر مسلم من الجميع . ويكفي في هذا أن نقول إن العلم الحديث في القانون إنما ظهر بفضل المدرسة التاريخية التي أنشأها سافيني في منتصف القرن الماضي ، والتي استطاعت ، بفضل ماقامت به من أبحاث في ماضى القانون ، أن تعطي نتائج ضخمة واسعة المدى وخاصة في دراسة القانون الروماني .

وتبدو أهمية الدراسة التاريخية للقانون فيما يلي :

(١) أنها تساعد على بيان قابلية القانون للتطور فتثبت استحالة اعتبار نظام قانوني معين أمراً مجرداً ، صلباً ، لا يقبل التغيير .

(ب) أنها تلقى الضوء على نظم القانون الحالي التي يغلب أن تكون مستمدة - بطريق مباشر أو غير مباشر - من قانون القرون الغابرة .

بل إن الإلمام بالماضى الحديث يمكن للفقهاء أن يكون فكرة عما كان عليه الأمر في الماضى البعيد وعما سيكون عليه الأمر في المستقبل القريب . والفقهاء في هذا العدد كالجيوالوجي : فكما يستطيع الجيوالوجي من خلال دراسته طبقات الأرض والحفريات أن يدرك مدى التغييرات التي أصابت الكرة الأرضية ، فكذلك الفقهاء يتيسر له عليه بالماضى القريب جداً أن

يكون فكرة عن النظم القانونية البعيدة جداً . وكما يتسنى للجيولوجي ، على فرض استمرار فعل القوى التي قامت بعملها في الماضي إستمراراً متواصلاً لا انقطاع فيه ، أن يتمكن بما يمكن أن يحدث في المستقبل من تغييرات فكذلك الفقيه يستطيع من خلال مشاهدته التطور المتصل في مسألة معينة أن يتنبأ بما سيؤول إليه أمر تلك المسألة في المستقبل القريب .

(ج) وهذا كما يفيد الفقيه الذي تتسكون لديه بسبب دراسته التاريخية حصة غنية من الملاحظات والتأملات يفيد المشرع عند وضعه قواعد قانونية جديدة ، إذ يستطيع في ضوء ما أفاده من الإلمام بماضى القانون أن يحدد السبيل الذي يسلكه حيال التشريع الجديد .

٦ - (٢) صلة القانون بالفلسفة : الفلسفة في أصل معناها هي حب المعرفة . وهي لذلك لا ترضى عن جواب لا يصل إلى جوهر المسألة أو إلى سببها البعيد . ولذلك أيضاً كانت الفلسفة رمزاً للجهود الذهنية المستمرة للتعرف على جذور المسائل . وهي بهذا المعنى تحقق أعلى درجة يمكن أن تصل إليها خاصية لصيقة بكل علم ، وهي عدم الرضاء عن النتائج ، ومواصلة البحث الدقيق عن أسس أوضح ، لا لغاية سوى التأمل البحث .

وكما أن لكل علم فلسفته فكذلك القانون له فلسفته . وليست فلسفة القانون نوعاً من النظم القانونية ، لا ، بل هي الفلسفة التي تستهدف حقيقة معينة ، وهي « الحقيقة القانونية » . إن القانون حقيقة عالمية ، توجد في كل مكان ، فأينما يوجد الإنسان يوجد القانون باعتباره مظهراً للحياة ودليلاً على العيش في جماعة .

وإذ كان القانون حقيقة عالمية لزم لهذا السبب بالذات أن يكون حرياً

بالبحث الفلسفى ، فالفلسفة لا يجوز أن تعنى إلا بما له معنى عالى . ولهذا السبب وجدت فلسفة الحياة ، وفلسفة القانون ، وفلسفة التاريخ ، وفلسفة الفن . والكلام فى الحياة البشرية هو أيضاً كلام فى القانون ، ومن هنا تتضح أسباب وجود فلسفة القانون . وتستجيب فلسفة القانون لضرورة مواجهة المسألة القانونية فى جنورها ، دون نظر إلى الحاجات العملية .

وثمة فرق بين الفقيه الفيلسوف ، فالأول يبنى حكمه على مقدمات يستمدّها من التشريع والمجموعات القانونية ، أما الفيلسوف فيأخذ ما يعتبره الفقيه جواباً على مسألة معينة ويحوّله إلى سؤال . وعندما يستند المحامى إلى نص فى القانون بخصوص مسألة معينة فله أن يطمئن إلى ذلك مادام أنه يعتمد على حكم القانون . كذلك القاضى الذى يصدر حكماً ويقيمه على النصوص القانونية يستيقن أنه يؤدى مهمته العلية والإنسانية لأنه كون اقتناعه من أمور أو قوانين يجب اعتبارها ملزمة .

أما فيلسوف القانون فيقلب كل هذه البدايات إلى مسائل إذ هو يطرح الأسئلة الآتية : لماذا يتعين على القاضى أن يستند إلى نصوص القانون ؟ وما الأسباب المنطقية والأخلاقية التى تقعد بالقاضى عن أن يشق عصا الطاعة على القانون فيشئ . من عند نفسه حلاً للنزاع الذى رفع إليه متى اقتنع بعدم عدالة القانون فى هذا الخصوص أو بعدم ملاءمته أو بعدم جدواه ؟ لماذا يلزم القانون ؟ وكيف يلزم ؟ وما الحدود المنطقية للإلزام القانونى ؟ ومن هنا كانت مهمة فلسفة القانون هى مناقشة التجربة القانونية للوقوف على أسبابها البعيدة . فأى شئ يحكم الحياة القانونية ؟ وما الأسس التى يقوم عليها القانون ؟ أيرجد فوق القانون ، فى صورته الملبوسة ، من تشريع وعرف ، قانون مطلق ، عالى ، أبدي ؟ تلك أسئلة توسع مجال التأمل أمام فلسفة القانون أو ما هو وراء القانون .

٧ - (٣) صلة القانون بالاقتصاد : ثمة صلة قوية بين القانون والاقتصاد ، إذ يؤثر كل منهما في الآخر .

١ - فن مظاهر تأثير الاقتصاد في القانون : (١) أن المصلحة التي تؤدي إلى إبرام العلاقات التعاقدية قد تكون اقتصادية وقد تكون أدبية . إلا أن الغالب أن تكون هذه المصلحة اقتصادية (ب) ثم إن النشاط الاقتصادي واتساعه في ناحية معينة أدى إلى ظهور قواعد ونظم قانونية ، فازدياد أهمية التأمين ، والنقل اقتضى تنظيم هذه العقود . وتقسيم العمل ، الذي اتسع نطاقه في الاقتصاد الحديث ، استلزم تخصيصاً قانونياً أكثر من ذي قبل : فإلى جوار الشريعة العامة وهي القانون المدني وجد القانون التجاري البري والبحري ، والقانون الصناعي ، والقانون المصرفي ، والقانون الزراعي ، والقانون الجماعي (الذي ينظر إلى الفرد باعتباره عضواً في جماعة) . (ج) كذلك تؤثر الحياة الاقتصادية إلى حد كبير في الأفكار القانونية الرئيسية ، فخلول الطابع الاشتراكي في الاقتصاد حل الطابع الفردي أدى إلى تغيير دور الملكية فبعد أن كانت تصور تصورياً مطلقاً أصبحت ذات وظيفة اجتماعية ، وبعد أن كان للإرادة سلطانها الواسع انعكشت في نطاق ضيق متواضع فكثرت القواعد الآمرة في القانون الخاص بعد ندرتها فيه ، وكذلك اتباع سياسة الاقتصاد الموجه أدى أيضاً إلى اتباع سياسة التوجيه التعاقدية ، وظهر في القانون الخاص ما يسمى بالعقد الموجه ، ومن مظاهر ضرورة الحصول على إذن من السلطة العامة قبل التعاقد .

٢ - ومن مظاهر تأثير القانون في الاقتصاد تأثير المشرع في التوزيع عندما يوجب رفع الأجور مستهدفاً بذلك نقل قيمة من طبقة إلى طبقة أخرى . كذلك يؤثر نظام الملكية القانوني في التنظيم الاقتصادي ، فحيث

تكون الملكية جماعية يكون التنظيم الاقتصادي اشتراكياً يبتغى اشباع حاجات الأفراد على أساس المساواة دون أن يعنى بالمصلحة الشخصية .

٣ - ولما كانت الصلة وثيقة بين القانون والاقتصاد كان لزاماً من حيث السياسة التعليمية أن يدرس الاقتصاد مع القانون في صعيد واحد هو كليات الحقوق وكان لزاماً أيضاً من حيث السياسة التشريعية أن توضع القواعد القانونية وفق الانجاء الاقتصادي السائد في الدولة . ففي دولة ذات طابع اشتراكى يكون المنتظر من التشريع ، لا أن يعكس صورة الاتجاهات الاشتراكية لحسب بل يؤثر أيضاً في هذه الاتجاهات بحيث تمضى قدماً في سبيل التقدم الاجتماعي .

٨ - (٤) صلا: القانون بعلم الاجتماع : علم الاجتماع هو ذلك العلم الذى يدرس الوقائع الاجتماعية من حيث أسبابها ونتائجها ويستخلص منها قوانين عليية فخرها أنه كلما توافرت شروط واحدة ترتبت نتائج واحدة .

وهناك صلة بين علم القانون وعلم الاجتماع مظهرها قيام علماء الاجتماع بأبحاث هامة في القانون وتسليم علماء القانون أن الدراسة القانونية يجب أن تكملها دراسة في علم الاجتماع ، تدرس فيها القاعدة القانونية لا في قالبها المجرد باعتبارها مظهراً لإرادة الدولة ، بل في تطبيقها الفعلي باعتبارها ظاهرة اجتماعية لها أسبابها وآثارها . ومن هنا نشأ علم الاجتماع القانونى الذى يدرس الظواهر القانونية باعتبارها وقائع اجتماعية . وإن دراسة هذه الظواهر في الجماعات القديمة تساعد على استخلاص قوانين عامة في التطور .

أما دراستها في الجماعات المعاصرة فيساعد على توجيه السياسة التشريعية : فظاهرة زيادة عدد السكان مثلاً يمكن أن توجه المشرع إلى تنظيم النسل ، كذلك ظاهرة ازدياد نسبة الطلاق قد تهيب المشرع إلى الحد من استعمال هذا الحق .

٩ - (٥) صلة القانون بالسياسة : تختلف الصلة بين القانون والسياسة باختلاف المعنى الذى يعطى لكلمة السياسة : فى معنى أول يقصد بكلمة السياسة مجموعة العلاقات الواقعية وأوجه النشاط التى تتكون منه وتضطرد عليه الحياة والحكم فى شعب باعتباره مجموعة . وفى معنى ثان يقصد بهذه الكلمة مجموعة الغايات المشتركة التى يستهدفها شعب والوسائل التى يعدها ذلك الشعب للوصول إلى تلك الغايات .

وفى المعنى الأول لكلمة السياسة يبدو القانون على أنه شيء مستقر (نسبياً) بالقياس إلى احتمالية الوقائع السياسية وقابليتها للتغير ، فهو يفرض سلوكاً معيناً حيال ما يمكن أن يكون فى الحياة السياسية من تحكم .

وفى المعنى الثانى لكلمة السياسة يشكل القانون وسيلة من أفضل الوسائل فى توجيه إرادة الأفراد ، أو وسيلة تتجه إلى المعاونة فى تحقيق الأغراض السياسية التى تنشدها الجماعة ، بإقامة نظام قانونى . وفى هذا المعنى نجد أن السياسة التشريعية تكيف القانون فتضع المعايير التى يجب اتباعها فى تنظيم الأمور التى أسندت إلى القانون .

ومع ذلك لا يزال هناك فرق بين القانون والسياسة : فى عالم السياسة تعمل قوى معينة كالرأى العام والمطالب الاقتصادية للأفراد والهيئات ، ومقتضيات العدل التى يجب تحقيقها . هذه القوى وغيرها تشكل عوامل تخطط سير الحوادث السياسية ، ومن هذا الوجه كان لها (أو يمكن أن يكون لها) تأثيرها الفعّال . أما عالم القانون فتعمل فيه قوى أخرى هى القاعدة التى تفرض الواجبات وتمنح الحقوق .

١٠ - ويتصل بهذه المسألة الدور السياسى الذى يضطلع به الفقيه ، وهو من يدرس الناحية النظرية من القانون . أصبح يجب على الفقيه ألا يكون

بمزل عن البيئة السياسية التي يعيش ويعمل فيها ؟ الجواب على هذا السؤال يتوقف على الدور الذي يقوم به الفقيه : فلا يجوز أن يكون الفقيه بمنأى عن الوسط السياسي الذي يزاول عمله فيه إذا كان يقوم بدور المشرع وذلك عندما يوكل إليه وضع تشريع جديد أو تعديل تشريع قائم ، أعني عندما يقوم بعمل سياسي ، فهذه حقيقة لا تحتاج إلى بيان ، ذلك أن المشرع لا يجوز له أن يخون واجبه فيشرع على نقيض ما يقتضيه الوعي الاجتماعي .

ولا كذلك القول عندما يزاول الفقيه عمله الآخر وهو شرح قانون قائم ، وفقاً للروح الذي ألهم ذلك القانون ، فعندئذ يكون عمله فنياً لاسياسياً . صحيح أنه يجوز له أن ينقد ذلك القانون . ولكن صحيح أيضاً ألا يجوز له أن يكون رجل سياسة : فبالنسبة إليه يعتبر القانون القائم أمراً واقعاً ماله عنه محيص . أما النزول عند رأي آخر يقول إن الفقيه وهو يقوم بتفسير القانون وشرحه يجب أن يكون رجل سياسة . فينتهي إلى نتيجة ليس خطرهما قليلاً وهي أنه قد يتعين عليه أن يرفض تطبيق قاعدة معينة بحجة عدم ملاءمتها لوضع سياسي معين ويأخذ عندئذ بقول أنصار القانون الطبيعي وهو أن القانون لا يكون قانوناً إلا إذا كان عادلاً . وهذا فيه ما فيه من قلب مبدأ إلزامية القانون واستقراره .

١١ - ولقد تعددت التسميات التي أطلقت على الدراسات الأولية التي يتلقاها طالب القانون في السنة الأولى والتي يقصدها إعطاء الطالب منذ البداية فكرة سريعة عن مختلف النظريات القانونية . فهناك تسمية « أصول القانون » أو المدخل لدراسة القانون (١) ، وكذلك تسمية « مبادئ العلوم

(١) وقد استعمل هذه التسمية الدكتور البهوزي والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت في كتابهما « أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون » ١٩٥٠ ؛ وكذلك الدكتور حسن كيرة في كتابه « أصول القانون » ١٩٥٠ - ١٩٦٠ .

القانونية، (١) وه المدخل العلوم القانونية، (٢) والمدخل للقانون المدني (٣) وسبب هذه التسمية الأخيرة أن القانون المدني كان يعتبر نموذجاً لسائر المواد القانونية، وكان مجال تطبيقه أكثر من مجال غيره منذ قرن خلا . أما الآن فقد انكشف مجاله بسبب اتساع نظم قانونية أخرى كالقانون الإداري وقانون العمل (٤) . وهناك أيضاً تسمية « المدخل للقانون الخاص » (٥) ويررها عند القائلين بها أن مبادئ القانون الخاص هي أساس الدراسات القانونية (٦) . وهناك من استعمل تسمية « مقدمة في دراسة القانون » (٧) ومقدمة العلوم القانونية (٨) . هذا بالإضافة إلى تسميات أخرى

-
- (١) هذه تسمية أطلقها الدكتور محمد علي عرفه في كتابه « مبادئ العلوم القانونية » .
 (٢) قال هذه التسمية الدكتور سليمان مرقس في كتابه « المدخل للعلوم القانونية » ١٩٥٢ ؟ والدكتور توفيق حسن فرج في كتابه « المدخل للعلوم القانونية في نظرية القانون ١٩٦٠ وفي نظرية الحق ١٩٦٠ ؟ وكذلك الدكتور منصور مصطفي منصور في كتابه « المدخل للعلوم القانونية » ؟ الدكتور عبد النعم البدراوي ، « المدخل للعلوم القانونية » ١٩٥٨ .
 (٣) ومن هذا القبيل في فرنسا كاييتان في كتابه *Introduction à l'étude du droit civil* ، وفي إيطاليا باراسي في كتابه *Istituzioni di diritto civile* ، وبارتولوميو دوسى في كتاب من جزئين بنفس العنوان السابق ؟ وكذلك جاريو ألاما في كتابه *Le nozioni fondamentali di diritto civile*

- (٤) كاريونيه ، القانون المدني ، ١ ، ١٩٦٢ ص ١ .
 (٥) وهذه هي النسبة الغالبة في اللغة الإيطالية حيث نجد عديداً من الكتب القانونية بعنوان *Istituzioni di diritto privato* ولتذكر على سبيل المثال كتاب ماريو روتولوني ١٩٣٨ وكتاب أودلفورافا ١٩٣٨ وكتاب روجيرو — ماروي وهذا يقع في مجلدين ، وكتاب جورجيو دي سيمو ١٩٤٨ وكتاب باريرو دومينكو ١٩٥٠ .
 (٦) رافا ، المربع السابق ص ٥٠ .

- (٧) مثال ذلك إيطاليا كارولوني في كتابه *Introduzione allo studio del diritto* وفي فرنسا دي لاجريسي ولايورد لاكوست في كتابهما *Introduction générale à l'étude de droit*

- (٨) استعمالها في فرنسا جامستون ماي في كتابه *Introduction à la science du droit* وفي إيطاليا دي فالكو في كتابه *Introduzione alle scienze giuridiche* وفي ألمانيا راد بروخ في كتابه *Einführung in die Rechtswissenschaft*

مثل « النظرية العامة في القانون » (١) أو « نظرية القانون » (٢) أو القاعدة القانونية (٣) أو « نظرية القاعدة القانونية » (٤) .

١٢ - غلة الدراسة: الذي يلاحظ أن خطة البحث ليست واحدة في جميع هذه التسميات. على أن الخطة التي يتبعها الشراح المصريون في هذا الصدد وبعض من الشراح الفرنسيين والإيطاليين تقوم على تقسيم الكلام في هذه الدراسة إلى قسمين : قسم يتكلمون فيه عن القانون وقسم آخر يتكلمون فيه عن الحق . وقد يسوغ هذه الطريقة أن كلمة Droit لها في اللغة الفرنسية معنيان مختلفان : فهي في معنى أول تدل على قاعدة السلوك التي يخضع لها الفرد ويمكن حمله على مراعاتها بطريق الإيجاب الخارجي والمادى ، وهذا هو القانون ، وفي معنى ثان تدل كلمة Droit على السلطة التي يعطيها القانون للشخص والتي ترخص له في أن يقوم بأعمال معينة ، وهذا هو الحق . وللتمييز بين المعنيين تضاف إلى كلمة Droit صفة objectif للدلالة على أن المقصود بهذه الكلمة هو القانون ، في حين تضاف إلى الكلمة هينها صفة subjectif للدلالة على أن المقصود بها هو الحق . لهذا ساع عند دراسة مدلول مطلق

(١) أطلق هذه التسمية في الفقه الأجنبي :

Dabin, *Théorie générale du droit*, Bruxelles 1944.

Roublier, *Théorie générale du droit*, 1947.

Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*.

Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma 1946.

وفي مصر استعمل هذه التسمية دكتور شمس الدين الوكيل في كتابه النظرية العامة القانون ، الإسكندرية ١٩٦٤ .

(٢) دكتور محمد علي إمام في كتابه محاضرات في نظر : مانون ١٩٥٤ ؛ دكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، في كتابه نظرية القانون ١٩٥٧ .

(٣) استعمل هذه التسمية في الفقه الأجنبي Jean Darbellay, *La règle juridique* 1945.

(٤) Bobbio, *Teoria della norma giuridica* Torino 1958.

وفي مصر استعملها دكتور محمود جمال الدين زكي ، دروس في نظرية القاعدة الثانية ١٩١٩٥٥ ؛ دكتور محمد سامي مذكور ؛ نظرية القاعدة القانونية ١٩٥٨ .

كلمة Drott أن تدرس بمعنيها السابقين ، أى تارة بمعنى القانون وأخرى بمعنى الحق .

أما فى اللغة العربية فيوجد لفظان مختلفان يؤدى كل منهما معنى خاصا ، وهما القانون والحق (١) ومع ذلك اضطرت عادة الفقهاء المصريين على دراسة القانون والحق وهم بصدد تدريس القانون لطلبة السنة الأولى . ويعبرون ذلك بما بين القانون والحق من صلة وثيقة ، إذ الحق سلطة يقرها القانون للشخص أو أن الحق لا يوجد إلا اذا قرره القانون (٢) .

(١) ويلاحظ أن عبارة Faculté de droit تقابلها فى اللغة العربية عبارة كلية الحقوق . فإن كانت العبارة العربية هى ترجمة العبارة الفرنسية يكون من أطلق التسمية العربية قد حمل معنى كلمة Drott على أحد المعنيين وهو الحق بدلا من حملها على المعنى الآخر وهو القانون وذلك لعدم وجود لفظ فى اللغة العربية يتضمن المعنيين المختلفين اللذين تتضمنهما كلمة Drott فى اللغة الفرنسية .

ولسكن يلاحظ من ناحية أخرى أن الفقه فى سورية يستعمل كلمة الحق فى معنى ما يسميه الفقه عندنا بالقانون ، ولهذ يقولون « الحقوق المدنية » ويقصدون بهذا ما يسميه الفقه عندنا « القوانين المدنية » .

(أنظر فى هذا الاستعمال عدنان القوتلى فى كتابه الوجيز فى الحقوق المدنية ، الجزء الأول ١٩٦٠ س ٤١ وما بعدها) ، ويقولون « التصرف الحقوق » وهو ما يسميه الفقه عندنا التصرف القانونى . وبهذا يكون لكلمة الحق عند بعض الفقهاء السوريين معنيان مختلفان ، فالحق يستعمل تارة بمعنى القانون وتارة يستعمل بمعنى الحق ، أى أن النמוש القى وجد فى الفقه الأجنبى حول المقصود من كلمة droit وإلى اضطار الفقه الأجنبى أن يضيف تارة صفة objectif لبيان أن المقصود هو القانون وصفة subjectif لبيان أن المقصود هو الحق ، وأوجد الفقه السورى فى اللغة العربية دون أن يوجد ما يزيل هذا النמוש على نحو ما قبل الفقهاء الأجانب . ولقد كان الفقهاء السوريون فى غنى عن هذا باستعمال كلمة قانون وكلمة حق كل فى المكان المناسب .

(٢) دى لاجرساى ولاورد لاكوست ٣ رقم ٤ ؛ دى باسكييه ، الترجع السابق ٢١ رقم ١٤ ؛ دابان ، الحق الشخصى ١٩٥٢ س ٢ ؛ مارش وريتو ، القانون للمدنى رقم ٦ س ١٣ وما بعدها ؛ روجيرو وماروى ، ١ س ٤ ؛ دى سيمو ، الترجع السابق رقم ٧ س ١٠ ؛ ترايوكى ، نظم القانون الخامس ١٩٦٠ رقم ٣ س ٧ ؛ أحمد سلامة ، المدخل لدراسة =

والتسمية التي اخترناها لهذه الدراسة الأولية هي المدخل لدراسة العلوم
القانونية . وتشمل هذه الدراسة ، جريباً على ما هو متبع في الفقه المصري ،
دراسة القانون (في كتاب أول) ودراسة الحق (في كتاب ثان) .

== القانون ١٩٦٣ م ٧ : شمس الدين الوكيل ، للرجع السابق رقم ٣ م ٧ و ٨ حيث يقول
« القاعدة القانونية هي التي ترسم إطار الحق والواجب في الجماعة ومن أجل هذا تأتي دراسة
الحق في أعقاب دراسة القانون ويشكل الاثنان معاً دراسة النظرية العامة للقانون » .
ومم ذلك فإن بعض الفقهاء الأحناف الذين كتبوا في النظرية العامة للقانون لم يكتبوا
تحت هذا العنوان إلا في القانون فقط دون الحق (مثل دابان وروبييه) .

الكتاب الأول

نظرية القانون *

Théorie du droit objectif

* المراجع : أحمد سلامة ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٣ ؛ توفيق حسن فرج ، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية ، الكتاب الأول في نظرية القانون ١٩٦٠ ؛ حسن كيرة ، أصول القانون ، الطبعة الثانية ١٩٦٠ ؛ سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، القسم الأول ، القانون الطبعة الثالثة ١٩٥٧ ؛ عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبوسيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ١٩٥٢ ؛ عبد النعم البدرأوى ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٥٨ ؛ عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ١٩٥٩ ؛ محمد ساسى مذكور ، نظرية القاعدة القانونية ١٩٥٨ ؛ محمد على إمام ، محاضرات في نظرية القانون ١٩٥٤ ؛ محمد على عرفه ، مبادئ العلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ١٩٥٦ ؛ محمد كامل مرسى ، شرح القانون الدنى الجديد ، الباب التمهيدي ١٩٥٤ ؛ محمود جمال الدين زكي ، دروس في الفاهمة القانونية ١٩٥٤ ؛ منصور مصطفى منصور ، المدخل للعلوم القانونية ، الجزء الأول ، نظرية القانون ١٩٦٣ .

١٣ - تدرس في هذا الكتاب المواضيع الآتية :

- ١- فكرة القانون .
- ٢ - القانون باعتباره مجموعة تكاليف .
- ٣ - تقسيمات القانون .
- ٤ - مصادر القانون .
- ٥ - تطبيق القانون :
- ٦ - النطاق الزمني للقواعد القانونية

الفصل الأول

فكرة القانون

يشمل هذا الفصل عدة مباحث ، أولها السلام فى النظام القانونى

المبحث الأول

النظام القانونى

١٤ - القانون والجماعة : ترتبط فكرة القانون ارتباطاً وثيقاً بفكرة الجماعة سواء لأن النظام القانونى يفترض وجود جماعة أياً كان حجمها ، يعمل فى داخلها أو لأن النظام القانونى قد قصد به فيما قصد المحافظة على الجماعة البشرية والتقدم بها . ومنذ فجر التاريخ عاش الناس مجتمعين بعضهم مع بعض ابتغاء تحقيق غايات مشتركة . ولقد أدى هذا إلى نشوء علاقات فيما بينهم ، علاقات أسرة وعلاقات مبادلات مالية وعلاقات سياسية جعلت منها جماعة مدنية أو سياسية تحكمها الدولة .

ولقد كانت هذه العلاقات فى أول أمرها بسيطة وأولية . فلما تقدمت المدنية تشعبت هذه العلاقات واتسعت . إلا أنه كان يصاحب هذه العلاقات من أول الأمر مجموعة من القواعد تنظم نشاط الأفراد حتى لا يتجور بعضهم على بعض وحتى تهيأ الظروف للتعايش السلمى فى تلك الحياة المشتركة . تلك القواعد المنظمة للحياة فى الجماعة هى ما يسمى بالقانون فى صورته البدائية .

وليس بهم كيف سيطرت هذه القواعد على شعور الناس ، فسواء اعتبرت آتية من لدن إرادة إلهية تأدت إلى الناس عن طريق الرسل ، أم

كانت قواعد فرضها فاتح بالقوة أو قسرة من الأقوياء في داخل الجماعة ، أم كانت مظهراً للإرادة العامة كما في الدساتير الحديثة ، ففي جميع الحالات كانت توجد إرادة عليا تأمر الناس وتقتضيهم إطاعة ما أمروا به .

١٥ - القانون والجماعة إذن لفطان متلازمان . فالقانون ثمرة المجتمع ينشأ تلقائياً من معيشة الناس بعضهم مع بعض ، حيث توجد الجماعة يوجد القانون *ubi societas ibi jus* فإذا تصورنا مكاناً لا يوجد فيه إلا شخص واحد فلا يكون ثمة قانون . فالقانون يفترض وجود واجبات وحيث لا يكون إلا شخص واحد لا يكون ثمة واجبات ولا يتصور مخالفة واجبات غير موجودة .

القانون إذن ضروري دائماً للجماعة أيما كان المذهب الذي يتبع في تأسيس القانون . ففي كل جماعة لابد لإمكان التعايش السلي أن توجد قواعد تبين ما يجوز فعله وما لا يجوز ، وتحدد ما يجب فعله وما يجب ألا يفعل . فلا توجد جماعة بلا قانون ، ومن هنا كان القانون عنصراً جوهرياً في حياة الجماعة . وهذا هو معنى قاعدة أنه « حيث توجد الجماعة يوجد القانون » ، فلا يتصور جماعة لا يكون فيها نظام قانوني . وإن جماعة بلا قانون تعتبر حالة من حالات الوحشية يسودها الصراع والهمجية ويكون ما لها الخصى هو القضاء .

بل إنه صحيح أيضاً ، من باب إظهار التلازم بين الجماعة والقانون أن يقال إنه حيث يوجد القانون توجد الجماعة *ubi jus ibi societas* إما على معنى أن النظام القانوني مقصور على الجماعة أو على معنى أن القانون ثمرة الجماعة .

١٦ - القانون شكل وموضوع : يتناول القانون بصفة أساسية تنظيم

العلاقات وتكوينها . ولهذا كان القانون « شكلا » بمعنى أنه يحول المادة إلى يتناولها بالتنظيم إلى أوامر أو نواهي (يفرض سلوكا معينا هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل) . غير أن قولنا أن القانون « شكل » ، لا يعنى البتة أنه شكل غير ذى موضوع . هو شكل ذو مضمون وإلا كان لنوا لا يمثل أى حقيقة ، القانون إذن « موضوع » قابل للتغيير أعطى « شكلا » ثابتا . فالشكل والموضوع عنصران فى القانون متلازمان ومتكاملان .

وتطبيقاً لما تقدم نقول : إن علاقات الحياة الجماعية منها ما هو ذو طابع سياسى أو اقتصادى أو أخلاقى . ويكون الدافع على نشوء هذه العلاقات هى الاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة فى جماعة معينة ، أو المبادئ الخلقية (إذا كانت العلاقة ذات طابع أخلاقى) ، وبصفة أعم يكون الدافع على تكوين هذه العلاقات هو نوع المدنية أو درجة المدنية التى بلغتها الجماعة التى تكونت فيها هذه العلاقات ، وكذلك الأهداف العامة الاجتماعية والسياسية والأخلاقية التى تنشدتها الجماعة . ومادامت هذه العلاقات لم يتناولها القانون ، فلم يتعلق بها أمر أو نهى ، فانها تظل خارج نطاق القانون أى لا يكون لها طابع قانونى (ومن هنا كان الطابع التاريخى للقانون) ومن ثم يكون للأفراد أن يتصرفوا فى هذه العلاقات حسبما يشاؤون دون أن يعدوا فى ذلك مخالفين لأى قاعدة قانونية . ثم تصير هذه العلاقات الإنسانية علاقات قانونية عندما يفرض القانون بشأنها اتباع مسلك معين يستمد من مقتضيات الخاصة بكل علاقة ، يفرض واجبات ويفشى . حقوقا أو مراكر قانونية (وهذا هو طابع القانونية) .

والقانون — إذ يحول إلى علاقات قانونية علاقات جماعية دعا إلى نشوئها نوع معين من المدنية أو درجة معينة من المدنية يعد دليلا على ما بلغت المدنية فى جماعة معينة . ولا يعنى هذا أن قانونا لا يزال فى أولى مراحل

تكوينه لا يعتبر قانوناً . هو قانون ولكنه من الناحية الفنية يعد قانوناً بدائياً .

ومن هنا يكون النظام القانوني بالضرورة انعكاساً للحياة الجماعية التي تكيف القانون عن طريق السياسة التشريعية (وهذا هو مظهر اتصال القانون بعلم الاجتماع) . وفي هذا المعنى يظهر بوضوح مدى قابلية القانون للاخذ بما تأتي به الأفكار الجديدة .

والعلاقة الاجتماعية التي يتولاها القانون بالتنظيم تسمى «علاقة قانونية» ، وعكس العلاقة القانونية «العلاقة قبل القانونية» وهي كل علاقة تصلح احتمالاً لأن تصير قانونية وإن لم تصبح بعد كذلك . فعلاقة التناسل غير الشرعي قبل أن يرتب عليها القانون أثراً قانونياً يمكن أن تسمى علاقة «قبل القانونية» .

حاصل هذا أن القانون هو في جوهره ظاهرة اجتماعية ، ظاهرة طبيعية^(١) أو تلقائية تنشأ من ضرورة ملازمة للجماعة البشرية . فلا يجوز اعتباره واقعة تحكمية .

١٧- على أنه يجب ألا تحسب أن القواعد القانونية هي وحدها التي تنظم حياة الأفراد في الجماعة . فهناك قواعد أخرى تعاون القواعد القانونية في توجيه مسلك الأفراد ، كقواعد الأخلاق والقواعد الدينية والعادات

(١) على أن اعتبار القانون ظاهرة طبيعية أو ضرورة يقتضى معاملته معاملة العلوم الطبيعية أو دراسته على نحو ما تدرس به هذا العلوم (التي يحكمها مبدأ السببية الميكانيكية ومبدأ الضرورة) . فالقانون لا يعدو أن يكون حقيقة معنوية ، ينشأ عن النفس الإنسانية ومن هنا كان ذا طابع إنساني فوجب على هذا الاعتبار أن يكون الحكم فيه خالفاً للقواعد المعنوية (أو التاريخية) وأن لا يدرس إلا بالطريقة التي توائم هذه القواعد . أما نقل قواعد العالم الطبيعي إلى العالم القانوني فليس إلا من قبيل إحلال الاستمارة اليبانية محل الحقيقة .

الاجتماعية الحسنة . ولا شك في أنه بدون هذه القواعد المعاونة تصير وظيفة القانون صعبة التحقيق . وليس الخوف من الجزاء هو وحده الذى يحرك النفس البشرية ، فهناك أيضاً الإحساس بالواجب ، والاقتداء بالمثل الصالح وتأثير الضمير العام ، والعقيدة الدينية . كل هذا وغيره يدفع بالفرد إلى احترام القواعد القانونية . وتكون تلك القوى الأدبية الاجتماعية فى الأحوال العادية هى المحرك لنشاطنا ، أما الجزاءات القانونية فإنها تطبق فقط عندما تبدو هذه القوى الأدبية غير كافية ، أى فى الحالة المرضية التى تنتاب الحياة القانونية ، وما الخطأ إلا مظهراً لتلك الحالة المرضية .

كل هذه القواعد المختلفة كانت فى أول الامر مختلطة ببعضها فى بعض . و فقط عندما تقدمت المدنية انفصلت هذه القواعد بعضها عن بعض فظهرت القواعد القانونية على أنها مجموعة القواعد التى تنظم الحياة الاجتماعية فى مظاهرها الخارجية .

١٨ — والقانون ليس غاية فى ذاته وإنما هو وسيلة لغاية هى حماية مصلحة الجماعة سواء فى ذلك المصالح المادية والمصالح الأدبية .

ويبتنى النظام القانونى هدفين : أحدهما داخلى والآخر خارجى : فهو من ناحية يتولى تنظيم تكوين الدولة ، أى أعضائها والسلطات التى تباشر بها نشاطها العام ، والعلاقات التى تنشأ بين السلطات المختلفة ، وبعبارة أعم هو ينظم تكوين الاداة الحكومية وسير هذه الاداة . وهو من ناحية أخرى ينظم مسلك الافراد الخارجى فى علاقاتهم بعض ببعض ، أو فى علاقاتهم مع الجماعة التى يعتبرون جزءاً منها . من هذين الوجهين يتسكون مضمون القانون . ويظهر الوجه الأول فى نطاق القانون العام والثانى فى نطاق القانون الخاص ، أى أن القواعد القانونية هى قواعد تنظيم فى الداخل وقواعد تنظيم فى الخارج .

ومن ثم يمكن تعريف القانون بأنه مجموعة القواعد التي فرضتها السلطة العامة لتنظم بها الدولة ومسلك الأفراد الخارجى ابتناء المحافظة على حياة الجماعة والتقدم بها .

المبحث الثانى

خواص القانون

يخلص من التعريف السابق الخواص التي تتوافر في القانون نجملها فيما يلى :

١٩ - (١) فهو أولا مجموعة من القواعد تحكم عمل الأفراد ، تفرض عليهم فرضاً وتقتضيهم الطاعة . فالتقانون لا ينصح أو يفى ، وإنما يأمر أو ينهى . وهو يستمد أو ينبعث من سلطة تأمر . صحيح أن لغة الأمر أو النهى في القانون ليست بالشدة التي كانت عليها في الشرائع القديمة كقانون الألواح الإثنى عشر والقانون البريتورى الرومانى ، بل تأخذ طابعاً منطقياً أو تعليمياً ، إلا أن هذا لا يغير من كون القانون أوامر أو نواهي تصدر من السلطة ، فهو مظهر لإرادة الدولة التي تأمر أو تنهى ويتعين على الفرد أن يطيع .

٢٠ - (٢) ثم هو ينظم مسلك الأفراد الخارجى . ولا يعنى هذا أن القانون لا يعمل على الدوافع النفسية عند الأفراد ، إذ هو يقدر أفعال الناس وفقاً لإرادتهم ونواياهم . فلا مراة في أنه عند الحكم على القيمة القانونية لأفعال الفرد تكون الناحية الداخلية لهذه الأفعال ذات أهمية خاصة ، أى أن القانون يعتمد بالإرادة وبالتوايا التي أدت إلى هذه الأفعال . فالنتائج القانونية التي تترتب على فعل ما تختلف بحسب ما إذا كان هذا الفعل قد وقع بحسن نية أو بسوء نية . وفي الناحية الجنائية يختلف أثر الفعل الذي اقترن

يسبق الإصرار عن الفعل الذى لم يسبقه إصرار . وعلى ذلك يكون معنى أن القانون لا يعتد إلا بالسلوك الخارجى أن القانون لا يدخل فى اعتباره الدوافع النفسية فى ذاتها ، التى تظل كامنة فى ضمير الشخص ولا تظلم إلى الحيز الخارجى . فالشعور والرغبة والعقيدة العلية والأمان والميل الدينى ، كل ذلك يظل خارج نطاق القانون .

ثمة إذن منطقة داخلية فى الشخص ، هى فكره وشعوره ، وهذه لا ينفذ إليها القانون . وهذا هو ما تقتضيه العدالة ، بل هو مقتضى طبيعة وظيفة القانون من حيث إنه ينظم علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، فيزيل تعارض المصالح وتصادم نشاط بعضهم بنشاط بعض . وما دام الفرد فى نطاق حياته الداخلية لا يتصور تعارض مصالح أو تصادم نشاط . لهذا لا يجوز للقانون أن يفرض مشاعر أو آراء فيجعل من الحب أو الميل أو العقيدة عملاً لاوامره ونواهي . وإن قواعد يكون لها مثل هذا المضمون تكون غير ذات قيمة قانونية .

وإذ ينظم القانون العلاقات الخارجية بين الأفراد لا يخضع لحكمه صلة الشخص بنفسه ولا صلته بربه ولا بالأشياء الموجودة فى الطبيعة . فهذا مجال لا يفتى إلى القانون .

١٢ - (٢) الخاصية الثالثة للقانون هى أنه يجب أن يكون مزوداً بالقوة التى تفرض احترامه وتوجب إطاعته . ذلك أن القانون وجد لمنع وقوع الخطأ فيجب أن تكون لديه الوسائل التى تكفل له ذلك . وإن قانوناً لا يمكن حمل الناس على احترامه بالقوة لا يعد قانوناً إلا من حيث الظاهر فقط ، هو — كما يقول إهرنج — نار لا تحرق ونور لا يضىء .

على أن القول إن القانون يجب أن يكون مزوداً بالقوة التى تكفل

مراعاته لا يقصد به أن تنفيذ القانون يكون دائماً بالقوة ، بل المقصود أن يكون من الممكن استعمال القوة عند وقوع اعتداء على القانون . فالأفراد يتحاشون مخالفة القانون من تلقاء أنفسهم لأسباب خلقية أو لوازع من ضمائرهم . أما القوة التي تكفل مراعاة القانون فهي الحل الأخير الذي لا يلجأ إليه إلا عند مخالفة القانون والخروج على أحكامه . وهذه ليست الظاهرة العادية في الحياة القانونية .

ومع ذلك لا تجوز المبالغة في ذلك الوازع النفسي عند الأفسراد . فاحترام الفرد للقانون من تلقاء نفسه وحياً في إطاعته لا يعدو أن يكون أمنية محدودة . والحقيقة هي أن إطاعة القانون لا تكون حياً فيه بقدر ما تكون خوفاً منه ، فإيكاد يزول ذلك الخوف من القانون حتى يزول احترامه . الدليل على ذلك أنه لو زال التنظيم القهرى في الجماعة أو تعطل على أثر كارثة أو حادثة غير عادية فعندئذ تعم الفوضى وينتشر الاضطراب . إن جماعة لا تسكفل القوة فيها بإرساء القانون هي جماعة لا وجود لها في العالم الأرضى . من أجل هذا كان من الضرورى أن يوجد جهاز قوة في الدولة تكون لديه وسائل حمل الأفراد على احترام القانون ومنعهم من مخالفته .

٢٢ - والوسيلة التي تكفل احترام القانون هي الجزاء . والجزاء تهديد ، صريح أو ضمني ، لا يلبث أن يتحقق عند مخالفة القاعدة القانونية . ذلك أن القواعد القانونية ليست توصيات أو اقتراحات وإنما هي تكاليف فرضت ليعمل الناس بأوامرها وينتهوا بنواهيها . هي إذن تكاليف زودت بجزاء .

ويعمل الجزاء في إحدى حالتين : إما عند مخالفة قاعدة توجب اتباع مسلك معين لمصلحة الجماعة ، وإما عند الاعتداء على حق يحميه القانون .

الاعتداء في الحالة الأولى يصيب النظام القانوني ، أما في الحالة الثانية فلا يصيب النظام القانوني بقدر ما يصيب المصلحة الخاصة . وفي الحالتين يستهدف الجزاء غرضين مختلفين : فهو في الحالة الأولى يستهدف حماية النظام القانوني الذي خولف ، أما في الحالة الثانية فيستهدف إصلاح الحق الذي وقع الاعتداء عليه .

وقد يكون الجزاء مادياً يقع على شخص المخالف وذلك لحمله على احترام القانون عند إمكان ذلك ، أو لإيقاع العقاب عليه بقصد صيانة حرمة القانون ولردع من تسول لهم مخالفته . ويصدق هذا في مجال القانون الجنائي عندما تفرض القاعدة عقوبة مقيدة للحرية الشخصية أو أشد من ذلك كمقربة الإعدام . إلا أن هذا لا يصدق في مواد أخرى من القانون حيث لا ينصب الجزاء على شخص المخالف بل على ذمته . ففي الالتزامات عندما يكون الالتزام بعمل (كما في عقد العمل) يكون الجزاء المباشر والعيني مستحيلاً ، إذ لا يجوز إجبار الشخص على القيام بعمل . وعند ما يكون الالتزام بالامتناع عن عمل يكون الجزاء العيني بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة وذلك بإزالة ما عمله المدين خلافاً لالتزامه ، وذلك إذا كانت الإزالة ممكنة . وإذا كان الالتزام بإعطاء يكون الجزاء العيني بالحصول على الشيء عينه من المدين جبراً عنه . فإن كان التنفيذ العيني مستحيلاً جاز التنفيذ بطريق التعويض . بل إنه في القانون الجنائي نفسه حيث يكون الغالب هو الجزاء المادي الذي يقع على شخص المخالف يمكن أن يتخذ الجزاء صورة الإصلاح أو التعويض على حساب المخالف بل يمكن أن يتحقق الجزاء بصورتيه وذلك بإيقاع العقاب على المجرم جزاء مخالفته لأحكام القانون الجنائي وبالحكم عليه بالتعويض إذا ترتب على الجريمة حدوث ضرر للغير كما في حالة الضرب أو السرقة أو القتل .

ويلاحظ كذلك أن القانون - في سبيل كفالة الاحترام الواجب

له - غالباً ما يستعمل وسيلة غير مباشرة لا تنطوي على قهر فعلي ولا على إمكان استعمال القهر . وتكون هذه الوسيلة من تعليق ترتب آثار معينة على انتهاج الشخص مسلكاً يتفق مع ما يتطلبه القانون بحيث إذا لم يفعل ذلك لا تتحقق تلك الآثار . وهذا يعتبر جزاء (بالمعنى الواسع) ولكنه لا ينطوي على فكرة القهر المادى : بهذه الوسيلة يجعل القانون للشخص مصلحة في احترام القاعدة وبمحضه على هذا الاحترام . وقد تكون هذه الوسيلة أفضل من التهديد باستعمال القوة . تلك هى إحدى وسائل السياسة التشريعية التى يكثر استعمالها وهى حرض الفرد على القيام بعمل معين يجعل مصلحته مطابقة على قيامه بهذا العمل بحيث إذا لم يتم هذا العمل كان تصرفه باطلاً لا يقرب عليه أثر .

حاصل القول هو أن الجزاء لا يتخذ دائماً صورة ثابتة : فقد يكون أذى يقع على شخص المخالف ، وقد يكون مجرد مسئولية مالية ، وقد يكون إبطالا لتصرف معين .

إلا أنه من المسلم أنه حيث يعمل الجراء (عند وقوع المخالفة) فإنه لا يقتصر على مجرد السخط أو الاستهجان من جانب المجتمع بل يتكون من أمر يكون له طابع مادى يمس مال المخالف أو شخصه . على أن توقيع الجراء عند مخالفة القانون لا يكون إلا من جانب السلطات التى نيط بها العمل على احترام القانون . فلا يجوز للفرد أن يقوم هو بتوقيع الجراء لمصلحته إلا فى أحوال استثنائية لا يتحقق فيها تدخل الدولة وقت حصول الاعتداء على القانون ، إذ يجوز للفرد عندئذ أن يتكفل بالدفاع عن نفسه .

٢٣ - ولقد أثبتت اعتراضات من فريق من الفلاسفة بشأن اعتبار الجراء عنصراً جوهرياً فى القانون ، نذكر منها ما يأتى :

(١) فقيل إن القانون يعتمد قبل كل شئ على « الطاعة الاختيارية » ،

أى على الطاعة التى لا ترجع إلى خوف من سوء النتيجة التى تترتب على مخالفة القانون ، هو يعتمد على الرضاء أو الاقتناع أو مجرد العادة أو غير ذلك من الأسباب التى لا ترجع إلى إمكان إعمال الجزاء عند حصول المخالفة .

ولكن يرد على هذا الاعتراض أن الطاعة الاختيارية مع أهميتها ليست كافية وأن القانون يعتمد فى النهاية على الفاعلية التى تتحقق له بفضل الجزاء .

(ب) كذلك اعترض على لزوم الجزاء للقانون ، بأنه توجد فى كل قانون قواعد لا جزاء لها .

ولكن يرد على هذا الاعتراض أن اعتبار الجزاء المنظم هو المميز للقانون لا ينظر فيه إلى كل قاعدة على حدة بل إلى النظام القانونى باعتباره كلاً ؛ بل إن من الشراح من يسلم بصحة هذا الاعتراض مؤكداً بذلك أن القاعدة لا تكون قانونية إلا إذا كانت مزودة بجزاء .

(ج) واعتراض أيضاً على خاصية الجزاء بأن هناك قوانين بأكملها ليس لها جزاء ، ومثالها القانون الدولى العام : ففي علاقات الدول بعضها ببعض لا يوجد إلا مجرد أمانى نحو إنشاء نظام قانونى عن طريق تحميل كل دولة نفسها بواجبات تجاه الآخرين بمقتضى إتفاق أو عادة ولكن ضمان تنفيذ هذه الواجبات قاصر وغير كاف مادام أنه لم يتوصل إلى إيجاد تنظيم يكفل التنفيذ القهرى فيما بين الدول .

إلا أن أنصار الجزاء يقولون إن القانون الدولى العام له جزاؤه وهو الحرب والمعاملة بالمثل ، وأن الفرق بين القانون الدولى العام وقانون الدولة ليس فى عدم وجود جزاء فى الأول ووجوده فى الثانى بل الفرق فى اختلاف طريقة تنظيم الجزاء . فالجزاء فى القانون الدولى العام لا توقعه سلطة عليا

بل يوقعه المعتدى عليه نفسه ، أى أن القانون الدولى العام يعتمد على مبدأ الدفاع الذاتى فى حين أن القانون الذى تضعه الدولة يستند إلى مبدأ الدفاع الخارجى الذى تقوم به سلطة عليا . أما أن الدفاع الذاتى هو مظهر لجماعة أقل تنظيما من تلك التى يسودها مبدأ الدفاع الخارجى فلا يودى إلى فرق فى الموضوع بل فى الدرجة بين القانون الدولى العام والقانون الذى تضعه الدولة ، وهو فرق لم يجمده أحد . ثم إن هناك عناصر قهر أخرى غير طريق الدفاع الذاتى (وهو الحرب) ذات طابع سياسى كالضغط الذى يحدثه تحالف الدول ضد الدولة المعتدية والتهديد بقطع العلاقات الدبلوماسية . وهناك أيضاً وسائل ضغط ذات طابع اقتصادى (الحرب الاقتصادية) يمكن اتخاذها لإزاء الدولة المعتدية . حقيقة أن الجزاء فى حالة القانون الدولى العام أقل فاعلية منه فى حالة القانون الذى تضعه الدولة إلا أنه على كل حال يعد جزاء قانونياً .

حاصل القول أن القابلية للتنفيذ القهرى (الجزاء) هى من الخواص الأساسية للقانون : غاية الأمر أن الجزاء يختلف درجاته من حيث مدى الفاعلية .

٢٤ - (٤) وثمة خاصية رابعة للقانون ، هى أن القانون من صنع الدولة^(١) . هذه الخاصية منطقية ، ذلك أنه لما كانت مجموعة قواعد السلوك الخارجى التى يتكون منها القانون تستهدف المحافظة على حياة الجماعة والتقدم بها لزم من هذا أن تكون هذه القواعد من صنع الدولة . يترتب على هذه الخاصية أنه لا يجوز للأفراد ولا للجماعات الأخرى أن تعطى نفسها سلطة وضع تلك القواعد القانونية ، وإلا نشأ عن ذلك أخطار ومساوىء أخرى

(١) يشير الفلاسفة عادة مسألة ما إذا كانت الدولة هى التى تخلق القانون أم القانون هو الذى يخلق الدولة . ويرى بعض الفقهاء أن الدولة والقانون عنصران متكاملان لا ينفصل أحدهما عن الآخر وأن العلاقة بين الدولة والقانون فى صورته الأولى هى أنه لا القانون سابق على الدولة ولا الدولة سابقة على القانون فالدولة وجدت مع القانون ولا توجد إلا فى القانون .

جسيمة ، مع ما يترتب على ذلك من إضعاف سلطان الدولة وإيقاع التناقض في القانون .

ولا يعترض هذه الخاصية أنه يوجد ما يسمى ظاهرة اللامركزية التشريعية ، ومقتضاها تحويل بعض الهيئات العامة إصدار قواعد قانونية في اللوائح التي تصدرها ، ذلك أن هذا تفويض من جانب الدولة لهذه الهيئات ومن ثم يرتبط بإرادة الدولة ويؤكد سيطرتها .

كذلك لا يعترض هذه الخاصية أن العرف ، وهو يتضمن قواعد قانونية ويعتبر قانوناً غير مكتوب ، ليس من عمل الدولة ، بل ينبعث مباشرة وبصورة تلقائية من احترام الأفراد لهذه القواعد . ذلك أن العرف يعتبر قانوناً بمقتضى نصوص في القانون المكتوب ذاته ، ويرجع دائماً إلى هذا القانون لمعرفة مدى فاعلية العرف .

٢٥ - واعتبار القانون من صنع الدولة يلزم منه أن تكون مدى فاعليته متوقفة على مدى سلطان الدولة . ولما كان سلطان الدولة مقصوراً في الأصل على الأفراد الذين يقيمون داخل إقليمها فكذلك القانون . ففياً يجاوز حدود الإقليم الذي تهيم عليه الدولة يهيم قانون دولة أخرى . صحيح أن القوانين في البلاد المتمدينة تتضمن مبادئ مشتركة تتلاقى وتشابه في مضمونها ، إلا أن كلا منها يعتبر من الناحية الشكلية قانوناً قائماً بذاته . ذلك أن القانون قوة ولا يجوز أن تغزو قوة مجال دولة أخرى .

وكون القانون من صنع الدولة لا يعنى أنه يكون متروكاً لهوى المشرع وتحكمه . صحيح أنه يوجد دائماً بعض التحكم في القواعد القانونية ولكن الأغلب الأعم هو أن القانون يكون من وسى الجماعة ، فالقانون يستهدف حماية المصالح البشرية وكفالة حياة الجماعة ، وهو لا يستطيع أن يقوم بهذه الوظيفة إلا إذا نزل عند مقتضى الحياة الاجتماعية ، فيضع من القوانين ما يكون أكثر استجابة لهذه المقتضيات . ومن هنا كان التطابق بين القانون

وحياة الأفراد ، وكان القانون هو الصورة التي تناسب الحياة أكثر ما يمكن .
وما إرادة الدولة - القادرة على كل شيء من الناحية الشكلية - إلا استجابة
لحاجات وعوامل متعددة ، اقتصادية وخلقية وسياسية تكون لها الغلبة
على كل شيء .

والمرشح يأمر ، في حدود واجبه ، بما يحقق مصلحة الجماعة . صحيح أنه
لا يكون قانوناً إلا ما يريده المشرع ، لا كل الأمان والميول التي تحول في
نفوس الأفراد . إلا أن هذه الأمان والميول تحرك وتستحث انبثاق القانون
وتهدد الطريق إلى قانون المستقبل . ويتولى المشرع هذه وتلك بالرعاية ،
ويقوم بالعملية اختيار وتمحيص ، ويحد من التطرفات ويهتدى إلى الصيغة
التي توازن بين المصالح المختلفة المتعارضة . ومن هنا كان القانون متطوراً
بتطور الحياة الاجتماعية وتغير الأفكار والعادات والحاجات .

المبحث الثالث

خواص القاعدة القانونية

٢٦ - تنقسم القاعدة القانونية بسنات ثلاث : العمومية والتجريد
والتبادلية . ويثور التساؤل عادة بشأن خاصية العمومية والتجريد ، أما
لفظان مترادفان ، فيقال إن القاعدة القانونية تكون عامة أو مجردة أم أنهما
لفظان يأخذ كل منهما معنى خاصاً به ، فيقال إن القاعدة القانونية تكون
عامة وتكون مجردة . والذي نفضله هو الحل الثاني . فتكون خاصة
العمومية متعلقة بالقاعدة القانونية في مخاطبتها للأشخاص وتكون خاصة
التجريد متعلقة بالقاعدة القانونية في تنظيمها للأعمال .

٢٧ - (١) العمومية : معنى أن القاعدة القانونية يجب أن تكون عامة
هو أنها تتوجه إلى المواطنين كافة أو إلى طائفة منهم . ذلك أن القانون

لا يوجه أوامر فردية لأشخاص معينين بذواتهم ، بل يستبعد الظروف والصفات الفردية والشخصية في أوامره ونواهي . وهذا يتفق مع أحد الأهداف الرئيسية التي يجب أن يحققها النظام القانوني ، وهو هدف المساواة ، فلا يجوز أن يطبق القانون على فرد دون آخر عند تساوى الظروف ، بل يجب أن يكون القانون موضوعياً ، يسرى على جميع الناس أو على كل فرد تتوافر فيه صفات معينة يحددها القانون . وهذا لا يتحقق إلا إذا توافر في القاعدة القانونية صفة العمومية . ومن هنا كانت العمومية خاصية منطقية .

ويترتب على هذه الخاصية أن القاعدة إذا كانت فردية لا تعتبر قاعدة قانونية بالمعنى الدقيق . فلا يعتبر من قبيل القواعد القانونية الأوامر الفردية الموجهة لأشخاص معينين ، وإن اتخذت هذه الأوامر شكل القانون أو كانت استثناء من قوانين أخرى : فالأمر الذي يصدر بنزع ملكية عقار بملوك لشخص معين ، تحقيقاً للصالح العامة لا يعتبر قانوناً ، وكذلك القرار الذي يصدر بمنح أرملة شخص معين معاشاً استثنائياً نظراً لما أسداه ذلك الشخص من خدمات جليلة للوطن ، ولا القرار الذي يصدر بحل مؤسسة معينة ومصادرة أموالها بسبب أنها كانت تشكل خطراً على البلاد .. الخ . في كل هذه الأحوال وأشباهها يتخذ الأمر شكل قانون ولكن لا يعتبر من الناحية الموضوعية أو المادية قانوناً ، بل أمراً إدارياً بالمعنى الواسع ، أو عملاً إدارياً عاماً في شكل قانون .

إن الدولة تعبر عن إرادتها في شكل قوانين : فتتصرف في أموالها العقارية ، وتعتد القروض وتقر الميزانيات وتبرم المعاهدات وتعترف بالأشخاص المعنوية ، ويدخل في هذا أيضاً سن القواعد القانونية. غير أن الصورة الخارجية التي تتخذها إرادة الدولة لا يجوز أن تكون معياراً يميز مضمون هذه الإرادة . ومن هنا كانت التفرقة بين القانون بمعناه الشكلى والقانون بمعناه المادى :

فالقانون في معناه الشكلي يكون في جوهره نشاطاً إدارياً (بالمعنى
الواسع) يشمل كل الأعمال التي تزاو لها الدولة ، سواء في علاقاتها الداخلية
والخارجية ، والتي لا تعتبر من قبيل وضع القواعد القانونية . ومن هنا
افترق الأمر الإداري عن القاعدة القانونية : فالعمل الإداري يفترض تنظيمًا
فردياً معيناً ، ذلك أن الإدارة تعالج حالات فردية ، وتصدر أوامر فردية
بناء على ظروف معينة وتقديراً لمصالح أشخاص معينين . أما القاعدة
القانونية فتضع قواعد عامة يقصد بها أن تسرى على المواطنين كافة .

وعلى ذلك الأساس أيضاً فافترق القاعدة القانونية عن الحكم القضائي .
فالحكم القضائي يتضمن أوامر فردية ، بالنسبة إلى حالة معينة . ولكن
سلطان إرادة الدولة ، التي ظهرت في الحكم تقتصر على العلاقة التي صدر
فيها الحكم .

إن الإدارة تتولى تحقيق مصالح معينة للدولة ، ويتكفل القضاء بتطبيق
القانون ، ويضع المشرع القواعد القانونية . كل هذه الأعمال يتولاها نفس
الأعضاء وقد يتضمنها عمل واحد ومع ذلك يميزها بعضها عن بعض خاصة
معينة هي أن القاعدة القانونية تختلف عن كل هذا بعمومية نصها .

٢٨ - (٧) التمييز : وكذلك تكون القاعدة القانونية مجردة ، ذلك
أن القانون لا يقصد من وضعه القاعدة أن ينظم بها علاقة معينة ، بل لكي
ينظم بها علاقات نموذجية ذات طابع موحد . هذه الخاصية هي وحدها التي
تستطيع أن تحقق هدفاً آخر ينشده كل نظام قانوني ألا وهو اليقين .
والمقصود باليقين هنا أن تحدد ، للمرة الأولى والأخيرة الآثار التي يربتها
المشرع على مسلك معين ، بحيث يكون في وسع المواطن أن يعرف سلفاً
نتائج أعماله . ويحقق هذا الغرض على أكمل وجه ألا يترك المشرع للقاضي
تنظيم سلوك الأفراد حسب كل حالة ، بل يضع بقاعدة واحدة تنظيمًا لحالة

نموذجية ، تندرج فيها جميع الحالات التي تكون من نوع تلك الحالة النموذجية. فبدلاً من أن يعدد المشرع الأفعال غير المشروعة التي يترتب عليها حصول ضرر للغير منها وجوب التعويض يصطفي المشرع واقعة نموذجية تشترك فيها كل تلك الأفعال ، فيقول « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .. »

٢٩ - (٣) التبادلية : وكذلك تتميز القاعدة القانونية بطابعها التبادلي ، ذلك أن القانون ، باعتباره مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، لا بد أن يقتصر على حكم تلك العلاقات ، فلا يعنى عناية مباشرة على الأقل بواجبات الإنسان نحو نفسه ولا بواجباته نحو ربه .

(١) وبذلك يظل خارج نطاق القانون أفعال الشخص في مواجهة نفسه ما دامت لا تمس الغير ولو بطريق غير مباشر ، بمعنى أنه ما تكاد هذه الأفعال تؤثر في الغير بأية صورة حتى تقع تحت طائلة القانون . فانتحار الشخص يكون الأصل خارج نطاق القانون ، ومع ذلك يمكن أن تكون له آثار قانونية عند ما يكون المنتحر مؤثماً على حياته . وكذلك يخرج عن نطاق القانون ما يصنعه الشخص بحسبه من أضرار ، ومع ذلك يمكن أن تخضع لحكم القانون الأضرار التي يلحقها الشخص بحسبه ليهرب من الخدمة العسكرية ، إذ يعتبر هذه فعلاً لا يصيب الشخص خاصة بل يصيب الجماعة أيضاً ، وعلى ذلك يمكن القول إنه في نظام اشتراكى يعنى بمصلحة الجماعة ينكشف جداً طاق الدائرة التي تقتصر العلاقة فيها على علاقة الشخص بنفسه .

(ب) كذلك لا يدخل في نطاق القانون علاقة الشخص بربه ، فإذا عاقب القانون من يعتدى على الأديان فإنما يكون ذلك بقصد حماية الشعور الدينى عند الآخرين .

حاصل القول إن القانون لا يعنى بأعمال الفرد إلا بقدر ما يكون لها من الأثر في غيره من الأفراد ، ومعنى هذا أن الواجبات التي تفرضها التواعد القانونية إنما تقررت لمصلحة الأفراد ولحماية هذه المصلحة .

ومن هنا نشأت فكرة العلاقة القانونية وقوامها ما ينشأ من حقوق وواجبات بين الأفراد تجاه بعضهم بعضاً . هذه العلاقة لم ينشأ القانون لأول مرة بل هي موجودة من قبل باعتبارها من مقتضيات الحياة الجماعية . فهي تبدأ علاقات واقعية تكون خارج نطاق القانون ، وعلاقات قبل القانونية ، وعندما يتدخل القانون في تلك العلاقات فينشئ لأحد طرفيها حقوقاً تقابلها واجبات على الطرف الآخر تتحول العلاقة من علاقة واقعية ، قبل القانونية ، إلى علاقة قانونية . إن العلاقة التي تكون من المشتري والبائع تكون علاقة اقتصادية ، والذي يصيرها علاقة قانونية هو أن القانون ينشئ لكل من الطرفين حقوقاً يقابلها واجبات على الطرف الآخر . وعلاقة الأمانة بين الزوجين هي قبل كل شيء علاقة أخلاقية ، تصبح علاقة قانونية عندما يحول القانون تلك العلاقة الأخلاقية إلى علاقة تنشئ حقوقاً وواجبات قانونية لكل من الزوجين على الآخر .

وعلى ذلك لا تتميز العلاقة القانونية بالمادة التي هي موضوع تلك العلاقة بل بالطريقة التي يتصرف بها طرفاها كل منهما تجاه الآخر ، أى أن الذي يميزها ليس الموضوع بل الشكل . ومعنى هذا أنه لا يمكن معرفة ما إذا كانت العلاقة قانونية أو غير قانونية بناء على ما تتضمنه من مصالح ، بل بناء على ما إذا كانت هذه العلاقة قد نظمها القانون أو لم ينظمها : فليس ثمة علاقة تكون قانونية بطبيعتها وإنما تكون العلاقة قانونية عندما تمتد إليها يد القانون بالتنظيم .

ومن هنا كانت العلاقة القانونية علاقة من علاقات الحياة ينظمها القانون وكان معنى الطابع التبادلي للقاعدة القانونية أنها تفرض وجود علاقة بين شخصين ، وهذا مصداق أن القانون ظاهرة اجتماعية .

المبحث الرابع

المخاطبون بالقانون

٣٠ - القاعدة القانونية هي تكليف يقصد به تنظيم مسلك الأفراد .
ومن هنا كان لا بد أن تكون موجهة لأشخاص . فمن هم المكلفون أو المخاطبون
بالقانون ؟ تلك مسألة تثار بشأنها خلاف قديم وظهرت بصده نظريات
متعددة (١) يمكن ردها إلى اتجاهين متطرفين بينهما اتجاهات وسط : فذهب
رأى إلى أن المكلفين بالقانون هم كل الأفراد . وأن كل الأوامر المزمدة
بجزاء إنما تتجه إلى أولئك الذين تفرض عليهم واجب إطاعتها (٢) في حين
يذهب رأى آخر إلى القول إن توجيه القوانين للأفراد هو من قبيل الجحان ،
إذ أن الأفراد ينظمون مسلكهم وفقاً لقواعد اجتماعية لا وفقاً لقواعد
قانونية . ولهذا يكون القانون ، عند أنصار هذا الرأى ، مجموعة من التعليمات
توجه إلى أعضاء الدولة المكلفين بإدارة القوانين ، هؤلاء - وليس
الأفراد - هم وحدهم المكلفون بالقانون (٣) . ويصل أنصار هذا الرأى
إلى أنه ليس على الأفراد واجبات قانونية لأن القواعد القانونية لا تلتقي
عليهم واجبات بصفة مباشرة بل تفرض فقط واجبات على السلطات العامة
والمحاكم ، المكلفة بعقاب المواطنين عندما ينحرفون عن المسلك الذى رسمته
القواعد القانونية (٤) !

(١) انظر فى مرض هذه النظريات :

Battaglini, *Le norme di diritto penale ed i loro destinatari*,
(Perugia 1910).

(٢) قال هذا الرأى :

Bindin, *Die Normen und ihre Ubertretung*, 1, p. 6.

(٣) وهذا هو رأى :

Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*.
Thrich, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*.
Binder, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*.

(٤)

٣١ — بين هذين الاتجاهين توجد اتجاهات وسط :

(١) إذ يقسم فريق من الشراح (أيرنج) (١) القواعد القانونية إلى طائفتين : قواعد داخلية تقوم بعملها داخل الدولة كقواعد التنظيم والإدارة واختصاص السلطات المختلفة ؛ وهذه تتوجه إلى أعضاء الدولة ، وقواعد خارجية كقواعد السلوك الاجتماعى ، وهذه تتوجه إلى الأفراد .

(ب) وهناك فقهاء آخرون (٢) يرون أن نفس القاعدة القانونية تتجه إلى من يجب عليهم احترامها وإلى من يعملون على فرض احترامها ، وأنه لهذا تنطوى القاعدة القانونية على تكليفين لا ينفصل أحدهما عن الآخر ، تكليف يتوجه إلى الأفراد وتكليف يتوجه إلى أعضاء الدولة . وتتغير وجهة الأمر بحسب طبيعة العلاقات . ففي علاقات القانون العام يتوجه الأمر بطريقة مباشرة إلى السلطات ، وبطريق غير مباشر إلى الأفراد . أما في علاقات القانون الخاص فيحدث العكس . وقد يتوجه الأمر القانونى إلى كل من السلطات والأفراد بطريقة متساوية كما فى القواعد الجنائية .

(ج) وهناك فريق ثالث يرى أن التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص ، واعتبار الأولى موجهة إلى سلطات الدولة والثانية موجهة إلى الأفراد ، تفرقة غير دقيقة ، إذ من الممكن أن تكون القاعدة من قواعد القانون الخاص وتكون مع ذلك موجهة للأفراد (كما فى قوانين الضرائب وقوانين التجنيد) وقد تكون القاعدة قاعدة قانون خاص وتكون مع ذلك موجهة إلى سلطات الدولة (كما فى قوانين التفسير) . لهذا يرى هذا الفريق من الشراح أن الأولى فى معرفة أى القواعد تكون موجهة إلى

Ihering, *Der Zweck im Recht*, 1.

Miceli, *La norma giuridica*.

(١)

(٢)

الأفراد وأما تكون موجهة إلى سلطات الدولة أن يفرق بين قواعد أعدت لتنظيم الحياة الاجتماعية وقوانين أعدت لتنظيم الوظيفة . فالقواعد التي تقع في الطائفة الأولى (كالامتناع عن الأفعال غير المشروعة ، ووجوب تنفيذ الالتزامات أو دفع الضرائب) فيكون المكلفون بها هم الأفراد وحدهم سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أو أشخاصاً اعتباريين . أما القواعد التي تنتمي إلى الطائفة الثانية أي التي تفرض واجبات ذات طابع وظيفي ، باعتبارها مظهراً للنشاط العام فتوجه فقط إلى القائمين بالوظيفة العامة أي إلى أعضاء الدولة . ومثال هذه القواعد جميع القواعد المتعلقة بتكوين السلطات وسيرها واختصاصاتها والأعمال التي يجب عليها القيام بها ، أو بتطبيق القوانين وتقدير العقاب . فكل هذه أوامر موجهة إلى موظفي الدولة المكلفين بالسمي لتحقيق الأهداف العامة (١) .

(د) والمختار هو أن القواعد القانونية يكون منها ما هو متعلق بصميم الوظيفة العامة ومنها ما هو متعلق بصميم سلوك الأفراد . والمخاطبون بالنوع الأول من القواعد هم أعضاء الدولة بصفتهم هذه لا باعتبارهم أفراداً ، أما النوع الثاني ففرق فيه بين مضمون القاعدة والجزاء المنصوص عليه لمخالفة هذا المضمون . والمخاطبون بمضمون القاعدة القانونية هم المواطنون جميعاً بما فيهم أعضاء الدولة لا بصفتهم هذه بل باعتبارهم أفراداً ، وبما فيهم أيضاً الأجانب الذين يعيشون في إقليم الدولة ويزاولون عملهم فيه . أما الجزاء على مخالفة هذه القواعد فيخاطب به ، لا الأفراد الذين يمكن أن يقع عليهم هذا الجزاء ، بل أعضاء الدولة ، لا باعتبارهم أفراداً ، بل باعتبارهم مكلفين بالسهر على القوانين والعمل على ضمان احترام الأفراد لها (٢) .

٣٢ - وثمة مسألة أخرى هي أن عديمي الأهلية هل يعدون مكلفين بالقواعد القانونية؟ وهذه المسألة أيضاً كانت مثار خلاف بين الشراح. إذ رأى بعض الفقهاء أن القانون، إذ يقتضى الطاعة من جانب المخاطبين به، لا يجوز أن يخاطب إلا من يكون في حالة تمكنه من الطاعة، وأنه لهذا لا يجوز اعتبار عديمي الأهلية مخاطبين بالقانون^(١). في حين يرى فريق آخر أن كل شخص إنما يكتسب بالولادة القدرة على أن يصير صاحب حق وأن يتحمل بالتزامات، ولو كان رضيعاً أو مجنوناً فإنه يمكن أن يكون مدينأً ومسئولاً، فيجوز أن يحكم عليه بالوفاء، ويخضع للتنفيذ الإجبارى في ذمته. أما واجب النائب في التصرف لحساب عديم الأهلية فلا تعلق له بذات واجب الأصل فليس صحيحاً أن واجبات عديمي الأهلية هي واجبات على ممثليهم القانونيين، بل واجبات تتعلق بذمتهم لا بذمة نائبهم. صحيح أن القانون يهدف أول ما يهدف إلى تحديد مسلك من يتوجه إليهم بالتكليف. لكن إذا وجد من لا إرادة له أو من لا يستطيع الطاعة فلا يجوز بسبب هذا أن يتعطل حكم القانون أو يزول. ذلك أن هدف القانون هو حماية المصالح وأنه لا بد من تحقيق هذا الهدف في جميع الأحوال. أما الطاعة المرجوة من يتلقى أمر القانون فهي مجرد وسيلة لتحقيق هدف القانون، ولكن إذا تخلفت هذه الوسيلة فلا يجوز لهذا أن يتخلف عمل القانون. إن يريد القانون إلا خدمة المصالح الحقيقية، لا القيام بتوعية إرادة الأفراد^(٢).

(١) Binding، للرجع السابق - ولقد فصل Ferneck هذا المبحث في كتابه Die Rechtswidrigkeit جزء ١ ص ١٩٨ وما بعدها، فقدم للمخاطبين بالقانون إلى أصحاب وغير أصحابه وقال إنه حيث يريد القانون منازلة وظيفة ذات طابع ممنوع فلا يجوز أن يتوجه بالمعاقبة إلى أولئك الذين يكونون في حالة لا يمكنهم من إدراك القانون وإطاعته بسبب عدم أعليتهم من الناحية الجسدية أو العقلية، أما ما يسمى واجبات عديمي الأهلية فهي واجبات على ممثليهم القانونيين.

٣٣- والذي نختاره هو الرأي الثاني وهو أن هدف القانون هو حماية المصالح الجماعية لا التماس الأسباب والمعاذير . صحيح أن الأثر النفسي للقانون يساعد في إعمال القانون وتحقيق الغاية منه . ولكن هذا الأثر النفسي ليس شرطاً لازماً لذلك : ففى الذى يجعل القانون ، ومن يستحيل عليه مراعاته ، ومن لا يمكن من الناحية النفسانية مؤاخذته لا يكون فى حل من النتائج التى تترتب على إهدار القانون . فكذلك عديمو الأهلية يخضعون للقانون ويحملون واجبات تنفذ في ذمتهم جبراً . صحيح أن عديم الأهلية ليس كفواً لأن يرم تصرفات قانونية ولا أن يتحمل بما ينشأ من التزامات تترتب على ما يبرمه هو من تصرفات ولا أن يسأل جنائياً عما يقع منه من أفعال تعد جرائم فى نظر القانون الجنائى ، ولكنه ليس غير كفه لأن يتحمل الواجبات الأخرى التى يلقيها عليه القانون ، بصرف النظر عن حالته من حيث الإدراك ، والتى يجب عليه أن ينفذها صوماً للنظام القانونى . ولا يتدخل النائب القانونى إلا لتنفيذ واجبات غيره وهو عديم الأهلية لا واجباته هو ، وحتى عندما لا يتدخل النائب فإن القانون يسعى لأن يتحقق من تلقاء نفسه عن طريق التنفيذ الجبرى^(١) .

٣٤- ويضيق هذا رأى مع مذهب إليه الفقهاء المسلمون ، بقولهم « إنه يجب على الصبي من حقوق العباد التفرم كضمان ما ألتفه ولو بالانقلاب عليه فان المنذر لا ينافى عصمة المحل ، (٢) ومعنى هذا أن المحل ، مالا كان أم نفساً ، معصوم من كل ضرر ولو وقع الضرر عما قام به عند كعدم التمييز . وكذلك يتفق مع التشريعات الوضعية كالتشريع المدنى الإيطالى الذى نص فى المادة ٢٠٤٧/٢ على أنه « إذا لم يستطع المضرور الحصول على تعويض من عليه واجب الرقابة جاز للقاضى أن يحكم على من أحدث الضرر بتعويض

(١) فيراوا ، المرجع السابق .

(٢) للرقاة ، شرح الرقاة للاخسرو جز ٢ من ٤٣٤ مع حاشية الأزميرى .

عادل مع مراعاة ظروف الطرفين الاقتصادية، وكذلك فعل القانون المدني الحالي الذي بعد أن نص في المادة ١٦٤/١ على أن مناط المسؤولية عن الأفعال غير المشروعة هو التمييز، استثنى في الفقرة الثانية من نفس المادة فقال «ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم» . وكذلك جاء في المادة ١٧٩ على أن «كل شخص، ولو غير مميز، يثرى دون سبب على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ...»

المبحث الخامس

تمييز القواعد القانونية عن القواعد الأخرى الطبيعية والاجتماعية

٣٥ - الحياة الاجتماعية ليست محكومة بقواعد قانونية فحسب، على ما مر بنا، فإلى القواعد القانونية إلا نوع من مجموعة قواعد أكبر، ذات طابع مختلف، تآمن القواعد القانونية في تنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض، كالقواعد الدينية والقواعد الأخلاقية. ليس هذا فحسب، فقد تستعمل كلمة قانون للدلالة على فكرة أخرى تتعلق بالظواهر الطبيعية حيث يسود طابع الضرورة والثبات. وكله قانون بهذا المعنى أى بالمعنى الفيزيائى - الكيمياءى هو أبعد ما نكون عن القواعد القانونية التى تنظم الحياة الإنسانية. ولهذا يختلف معنى كلمة قانون بحسب ما إذا كنا بصدد قوانين فيزيائية - كيميائية أو قوانين اجتماعية أو قوانين فى معناها الخاص. لهذا وجب أن تميز القواعد الاجتماعية (ومن بينها قواعد

الأخلاق والعادات والقواعد القانونية عن القواعد الطبيعية والفنية ، ثم نميز القواعد القانونية عن سائر القواعد الاجتماعية .

٣٣ - (١) قوانين الطبيعة والقوانين الاجتماعية : القوانين الطبيعية هي تلك القوانين التي تفسر ما يجري في الطبيعة وتبين حقيقة الظواهر الطبيعية بصورة بسيطة وكاملة ، مثال ذلك قانون لافوازييه (أو قانون بقاء المادة) ومؤداه أن المادة لا تفنى ولا تستحدث بما يطرأ عليها من تفاعلات كيميائية . وقانون Meyer في بقاء الطاقة ومؤداه أن الطاقة لا تفنى ولا تستحدث بالتفاعلات الكيميائية والتغيرات الطبيعية ولكن تتحول من صورة إلى أخرى . وقانون بويل ، ومؤداه أن حجم كمية معينة من الغاز ، عند ثبوت درجة حرارته ، تتناسب تناسباً عكسياً مع الضغط الواقع عليه . وقانون نيوتون في الجاذبية ، إلى غير ذلك من قوانين الطبيعة والكيمياء .

هذه القوانين ، على خلاف القوانين الاجتماعية ، لا تفرض واجبات سلوك ، فهي لا تقتضي بما يجب أن يفعله الأفراد وما لا يجب أن يفعلوه ، وإنما تقرر فقط ما يجري في الطبيعة وأنه إذا وضعنا كمية معينة من الغاز تحت ضغط معين وعند درجة حرارة ثابتة فإن حجم هذه الكمية يزيد بنقص الضغط الواقع عليها وينقص بزيادة هذا الضغط . وهنا تأخذ فكرة القانون معنى مختلفاً جداً ، إن هي إلا وصف لحقائق وصيغ حسابية تمثل على سبيل التعميم حقيقة الظواهر الطبيعية . ولهذا كان للقواعد الطبيعية خصيصة اللزوم والحتمية فهي لا تتخلف ولا تخالف ، فإذا شنت ظاهرة واحدة عن قانون طبيعي فقد صفة القانون . أما القواعد الاجتماعية ، الأخلاقية والقانونية فقواعد سلوكية تتميز بمقابلتها للتخلف والمخالفة .

٣٧ - القواعد الفنية والقواعد الاجتماعية : القواعد الفنية هي

القواعد التي تبين أنه لإنتاج أثر معين يجب إتباع وسائل معينة . والعلوم والفنون التطبيقية ، لها قواعد فنية ، فإعداد المركبات الكيميائية وصباغة الملابس وتحويل الطاقة الكهربائية إلى ضوء الخ . . كل له قواعد فنية ، وهي قواعد مقتضاها وجوب اتباع وسيلة معينة إذا أريد الوصول إلى غاية معينة .

والقواعد الفنية تشبه القواعد الطبيعية من حيث عدم إمكان مخالفتها ، بمعنى أنه لا يمكن الوصول إلى الأثر المقصود دون احترام هذه القواعد ، فعدم الجمع بين الأوكسجين والهيدروجين يؤدي إلى تخلف المركب المعروف باسم الماء . أما القواعد الأخلاقية والقانونية فتتميز بقابليتها للمخالفة ، فقاعدة السلوك التي تحرم السرقة يمكن مخالفتها إذ يستطيع السارق الاستيلاء على الشيء المملوك للغير ، خلافاً للقاعدة التي تحرم السرقة . لهذا يجب عدم خلط القاعدة الفنية بالقاعدة الهدفية : فجميع القواعد الهدفية الاجتماعية تستهدف أغراضاً معينة تتوصل إلى تحقيقها بوسائل مختلفة ذات طابع مصطنع ، ولهذا لا ترقى إلى درجة القواعد الفنية بالمعنى الدقيق وهي القواعد التي تعلق تحقق نتيجة ما على إتباع وسائل معينة ، والتي يخضع لها الشخص من تلقاء نفسه إذا أراد الوصول إلى الغرض الذي يصبو إليه .

٣٨ - وإذا تركنا مجال الظواهر الطبيعية والكيميائية وكذلك مجال القواعد الفنية إلى مجال آخر هو مجال الظواهر الاجتماعية الطبيعية نجد كذلك قوانين تضرب أمثلة لما بصرف النظر عن مدى صحتها : فهناك قانون مالتس Malthus في السكان ومنطوقه أن السكان يتزايدون بنسبة هندسية في حين تزايد وسائل المعيشة بنسبة حسابية ، وكذلك قانون أقل مجهود ، ومؤداه أن كل شخص مدفوع إلى إشباع حاجاته بأقل تضحية . وكذلك قانون العرض والطلب ، وقانون جريشام في أن العملة الرديئة تطرد العملة الجيدة ، وقانون الغلة المتناقصة .

هذه القوانين تشابه إلى حد ما القوانين الطبيعية من حيث وجود رابطة بين عدة ظواهر . إلا أنها تختلف عنها في عنصر يوجد فيها ولا يوجد في القوانين الطبيعية أو الكيميائية وهو عنصر الإرادية أو حرية الاختيار ، الأمر الذي يجردها من خاصية اللزوم أو الحتمية . فقد يقوم الشخص بأعمال على وجه لا يتفق مع مقتضى قانون أقل مجهود ، مدفوعاً إلى ذلك بإرادته . وقد تتغير النسبة بين زيادة السكان ووسائل المعيشة بناء على تقدم غير عادي في النشاط الإنتاجي يحدث في بيئة معينة بناء على فكرة أخلاقية معينة . ومع ذلك يتعين أن نقول إنه بالنسبة للقوانين الاجتماعية الطبيعية إذا كان الغالب أن توجد رابطة بين عدة ظواهر إلا أنه قد يحدث في بعض الحالات أن يتخلف انطباق هذه القوانين بسبب تدخل إرادة الشخص وحرية في الاختيار .

٣٩ - ثم إذا انتقلنا إلى طائفة القوانين الأخرى التي تنتمي إلى الطائفة الكبرى للقوانين الاجتماعية الأخرى نجد أنها تنقسم في عباراتها بطابع اللزوم . مثال ذلك المبدأ الذي نصت عليه المادة ١٦٣ وهو أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، بتحليل هذه المادة نجد أنها تنص على واقعيتين ، الضرر والتعويض . ولكن إذا نظرنا إلى الصلة التي توجد بين هاتين الواقعتين نجد أنها ليست في حتمية الصلة التي توجد في مجال الظواهر الطبيعية . فالمادة ١٦٣ تنص بين الواقعتين تلازماً من طابع آخر ، هي لا تقصد تقرير أمر واقع وهو أن من يقع منه ضرر يلتزم بالتعويض ، فكثيراً ما يحدث في الحياة العملية ألا يتحقق هذا الأمر ، وإنما هي تقصد أن تبين ما يجب عمله . وهذا ما تفعله الدولة بتحريمها الجريمة ، وبالتهديد بالجزاء ، وهو توجيه نشاط الأفراد بحيث إن المخاطبين بالقانون إذ يعلون مضمونه يتحاشون مقارنة ما يعرضهم للجزاء .

وكذا القول بالنسبة للقواعد الأخرى التي يرضها الدين أو الأخلاق

الاجتماعية أو قواعد الاستقامة الخ إذ تهدف جميعاً إلى توجيه نشاط الأفراد وتنظيم سلوكهم ومن ثم يمكن أن تسمى في مجموعها القوانين الأخلاقية .

وعلى ذلك ثمة فرق عتيق بين القوانين الطبيعية والقوانين الاجتماعية الطبيعية من حيث إن الأولى يتوافر فيها طابع الحتمية أو اللزوم أما الثانية فليس لها هذا الطابع لما يمكن أن يصيبها من مخالفات بسبب حرية الاختيار عند الناس . كما أن هناك فرقاً عميقاً بين المعنى الذى يعطى لكلمة « قانون » فى كل من القوانين الاجتماعية الطبيعية ، والقوانين الأخلاقية بالمعنى الواسع . فالأولى تقصد تقرير ماهو كائن ، أى الأمور الثابتة التى تصادفها فى الأعمال البشرية أما الثانية فتقصد النص على ما يجب أن يكون ، أى ما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد .

٤ — القواعد القانونية وسائر القواعد الاجتماعية : قواعد القانون ، والأخلاق ، والدين ، والعادات تنحدر جميعها فى المصدر والمهدف والوجهة فهى نتيجة العيش فى جماعة (وحدة المصدر) وتستهدف تنظيم سلوك الأفراد (وحدة المهدف) ويتجه التكليف فيها إلى إرادة الأفراد فتقتضيهم الطاعة (وحدة الوجهة) .

غير أن هذه القوى الاجتماعية تنظر إلى السلوك البشرى من وجهات نظر مختلفة ، وتختلف فيما بينها من حيث ما لكل منها من مطالب خاصة ، ولهذا كانت وسائل عمل كل منها تختلف عن وسائل عمل الأخرى ، ثم هى تختلف فيما بينها من حيث علة التكليف ومضمونه وكذلك من حيث الطريقة التى يتحقق بها التكليف وقوة الجزاء . ولهذا وجدت فروق ميزت أنواع هذه القواعد بعضها عن بعض ، إذ اتسم كل منها بسمات خاصة ولذا كان من المفيد مقارنة القواعد القانونية بكل من قواعد الأخلاق والقواعد

الدينية وقواعد العادات الإجتماعية (١) .

٤١ - (١) القانون والأخلاق : يشترك القانون والأخلاق في ثلاث ويفترقان في ثلاث : فهما يشتركان (أ) في أن مناط كل منهما هو الحياة العملية للإنسان ، (ب) وفي أن أساس كل منهما هو فكرة التقدير لا التقرير ، فهما يحكان على السلوك من حيث ما يجب أن يكون عليه ولا يقرران ما هو كائن ، (ج) وفي أن كلا منهما يستند إلى فكرة الواجب . ومن هذا الوجه يمكن القول إن النشاط القانوني هو النشاط الأخلاقي . غير أن هذا لا يعنى على التحقيق أن الأخلاق والقانون شيء واحد ، فهما يختلفان في نواحي عدة أهمها ثلاث : نطاق العمل ، ومدى الفاعلية ، ورد الفعل المترتب على المخالفة .

(١) نطاق العمل : فالقاعدة الخلقية تنظر إلى حالة الشخص النفسية وتقدر أعماله في ضوء هذه الحالة . فالتبرع يمكن أن يكون متفقاً مع مقتضى الأخلاق أو مخالفًا له بحسب ما إذا قصد المتبرع إرادة الخير أو كان قصده التباهى ورتاء الناس . أما القاعدة القانونية ، فباعتبارها تنظم السلوك الخارجى للأفراد لا تهبط إلى أعماق الناس بل تقف عند المسلك الخارجى .

ولكن ليس معنى هذا أن القانون لا يعنى البتة بالعنصر الداخلى ، وأن الأخلاق لا تهتم بالعالم الخارجى ، فالقانون ينظر فى العنصر الداخلى عند

(١) قد يعترض على هذه المقارنات بأنها غير مفيدة وأنه من العبث محاولة بيان المواضع التي يتميز بها القانون من الدين والأخلاق والعادات الاجتماعية بناء على أن مختلف مظاهر القدر البشرى من دين وأخلاق وعادات اجتماعية يمكن أن تنتقل إلى عالم القانون . ولكن يرد على ذلك الاعتراض أن هذا الانتقال يتخذ عند حصوله شكلاً مختلفاً كما يتحقق بطريقة مختلفة باختلاف تلك المظاهر : فالقاعدة الخلقية عند انتقالها إلى مجال القانون تكتسب سمة وفاعلية جديدتين لم يكونا لها من قبل ، ثم إن هذا الانتقال لا يتحقق في جميع الأحوال ، فهناك عيود تحول دونها ، فظواهر الحياة الداخلية وهي مناط القواعد الخلقية والقواعد الدينية (كعب الجوار والإيمان بالله) يصعب أن تكون موضوعاً للقواعد القانونية . ولذا تظل المقارنات مجدية .

بحث ما إذا كانت إرادة المتعاقد معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه ، وما إذا كان الأمر المترتب على نية الشخص لم يجاوز هذه النية . والأخلاق بدورها تنظر إلى العنصر الخارجى لترى ما إذا كانت النية قد نفذت وكيف نفذت . الحق إذن هو أن الأخلاق تعنى أساساً بالعنصر الداخلى وأن القانون يعنى أصلاً بالعنصر الخارجى .

(ب) مدى الفاعلية : القانون الأخلاقى يعمل من ناحية واحدة ، فهو إذ يأمر أو ينهى إنما يفعل ذلك لنصرة الخير ولتحقيق كمال الإنسان ، لا لى يعطى الغير سلطات وحقوقاً . فإذا كان مقتضى الأخلاق أن يجب الشخص لغيره ما يجب لنفسه فإنه لا يقول للغير إن لك حقاً في ذلك الحب . ومن هنا كان طابع الأخلاق الأحادى . أما القاعدة القانونية فتترامى فيها فكرة الحق أى مطالبة الغير بتنفيذ ما يقع عليه من واجب . ومن هنا تميزت القاعدة القانونية بطابع التبادلية ، فهي تحدد وتلزم من ناحية وتحمى وتمنح من ناحية أخرى . وعندما يقول القانون للدين وفٌّ بدينك فإنه يعطى في نفس الوقت للدائن الحق في استيفاء ذلك الدين من المدين .

(ج) رد الفعل على المخالفة : والقانون لاقتصراره على المسلك الخارجى للأفراد يتمتع بخاصية إمكان تطبيق الجزاء المادى . أما القاعدة الأخلاقية فلأنها تنتهج إلى المسلك الداخلى كانت بالطبع غير قابلة للجزاء المادى . ومن هنا كان المعيار المميز لكل من القانون والأخلاق ، هو إمكان استعمال القهر في الأول وعدم إمكانه في الثانية التى ليس لها من جزاء إلا ضغط المجتمع على المخالف . وحيث يتخلف إمكان القهر نكون خارج نطاق القانون وندخل في نطاق الأخلاق ، أى أن وجود الجزاء أو زواله معناه وجود قاعدة قانونية أو زوالها .

٤٢ - صدر القانون بالأفغاني : على أنه يجب ألا نحسب أن القانون والأخلاق ، بسبب ما بينهما من الفروق التي ذكرناها ، يعيش كل منهما بمعزل عن الآخر دون أن توجد بينهما صلات . بل الصحيح أن بينهما صلات وثيقة ، ترجع أولاً إلى أنهما نشأ من مصدر واحد هو العيش في الجماعة . ثم يجب ألا ننسى أنه وفقاً للتطور التاريخي يمثل القانون قدراً من القواعد الأخلاقية رأت الدولة أن تفرضه لتنظيم حياة الجماعة ، فزودته بوسائل القهر الخارجي وحولته بذلك من مجرد قواعد أخلاقية إلى قواعد قانونية . ويزداد تأثير القانون بالأخلاق مع تقدم المدنية . من هذا أن من الواجبات ما كانت في أول الأمر ذات طابع خلق ثم صارت ذات طابع قانوني كواجب رب العمل في تأمين العمال من حوادث العمل وأمراض المهنة ، فلقد تحول هذا الواجب من واجب خلق إلى واجب قانوني .

ومظاهر تأثير القانون بالأخلاق واضحة في أغلب نواحي القانون : فهي تبدو في علاقات الأسرة من حيث نظام الزواج ، وواجبات الزوجين كل منهما قبل الآخر ، وواجب الإنفاق على الأقارب . وتبدو في القانون الجنائي في عقاب من يرتكب أعمالاً مغللة بالحياة وحسن الآداب . وفي العلاقات المالية تتغلغل مظاهر الأخلاق إلى حد بعيد ، ويبدو ذلك بوجه خاص في وجوب حسن النية (م ١٢٤ / ١ ، ١٤٨ / ١) ؛ وفي العناية والأمانة في تنفيذ الالتزامات (م ٢١١) وفي استبعاد أعمال العنف والأعمال الخفية في وضع اليد (م ٩٤٩ / ٢) ، وفي إبطال العقود المخالفة للآداب (م ١٣٦) وفي إمكان إبطال العقود للغلط (م ١٢٠) أو للتدليس (م ١٢٥) أو للإكراه (م ١٢٧) أو للاستغلال (م ١٢٩) ، وفي هدم جواز استرداد المدين ما أداه باختياره تنفيذاً لواجبات أخلاقية أو اجتماعية (وهي ما تسمى بالالتزامات الطبيعية) (م ٢٠١) وفي تحریم إساءة استعمال الحق (م ٤٠٥)

٤ --- المسئل العلوم القانونية

وفي الأخذ بناصر المدين الذي أصبح تنفيذه لالتزاماته ، بسبب تغير الظروف ، مرهقاً له بحيث يهدده بخسارة فادحة ، إلى غير ذلك من المبادئ الأخلاقية التي رفعها القانون الوضعي إلى مصاف القواعد القانونية .

٤٣ — إلا أن تشبع القانون بالأفكار الأخلاقية لم يمنع من اختلاف القانون عن الأخلاق في بعض الأحوال . من ذلك أنه قد يوجد عمل سليم من الناحية القانونية يكون مع ذلك مخالفاً لمقتضى الأخلاق ، كما في ملك شخص بوضع اليد عقاراً مملوكاً للغير . وهذا مصداق لقول پول إنه « ليس كل ما هو مشروع قانوناً يكون متفقاً مع ما توجبه الأخلاق »

* non omnia quod licet honestum est

ثم قد يكون عمل ما متفقاً مع مقتضى الأخلاق ولكنه يعد مخالفاً للقانون ؛ كالاتعاء على ملك الغير لأسباب إنسانية (م ١٦٨) .

وهنا ينبغي أن نلاحظ أنه وإن كان صحيحاً أنه يجب ألا يتعارض القانون مع الأخلاق ولكن يجب ألا يفهم من هذا أن قانوناً لا يطابق الأخلاق لا يجوز اعتباره قانوناً ، فضرورة مطابقة القانون للأخلاق ليست ضرورة قانونية بل ضرورة أخلاقية . فاختلاف القانون عن الأخلاق لا يجرّد القاعدة الوضعية من صفتها القانونية . وهذا يدل على أن الأخلاق والقانون ليسا شيئاً واحداً وإنما وإن تداخلتا بينهما في علاقات كثيرة ومتعددة فإن كلا منهما لا يزال مع ذلك محتفظاً بذاتيته الخاصة ، وقد يتفق مجال الأخلاق مع مجال القانون في شيء واحد فتكون القاعدة القانونية هي في الوقت عينه قاعدة أخلاقية ؛ وذلك عندما يكون المسلك الذي يعتبر منافياً للأخلاق يعد في الوقت ذاته منافياً للقانون كما في السرقة والقتل الخ . إلا أن القانون لا يفعل هذا دائماً لرغبة عنده في النزول عند مقتضى الأخلاق ولكن يفعل ذلك لبواعث ومقتضيات من طبيعة أخرى ، لكي يتلافى أضراراً ومخاطر واضطرابات اجتماعية الخ . وبهذا يكون التوافق بين

الأخلاق والقانون مصادقة أو ذا طابع مادي ومقصود أعلى أغراض معينة. وعلى ذلك إذا كان القانون يحرم عملاً أو مسلكاً يعد مخالفاً للأخلاق فإن عدم قانونية هذا العمل أو هذا المسلك تنشأ لا من مقتضيات الأخلاق بل من القانون نفسه الذي حرم ذلك العمل أو ذلك المسلك وكان بوسعهما ألا يحرمهما .

إلا أن هذا لا يمنع من وجود حالات يأخذ فيها القانون بمقتضى قواعد الأخلاق باعتبارها هذا وذلك عند ما يقضى القانون ضراحة أو ضمناً بأن عملاً أو سلوكاً معيناً يجب أن يكون موافقاً لمقتضى الأخلاق أو يجب ألا يكون مخالفاً للأخلاق . فثمة عندئذ إحالة من جانب القانون على الأخلاق . ولكنها مجرد إحالة لا يترتب عليها أن تصير الأخلاق في مرتبة القانون . وهذا يدل كما سبق أن قلنا على أن القانون والأخلاق ، وإن تلاقيا في بعض الأحوال ، يظل كل منهما محتفظاً بذاتيته . ولكن لا يعنى هذا أن المشرع لا يكون عليه واجب النزول عند مقتضيات الأخلاق ، أو عدم الابتعاد عنها ما وسمه ذلك . وبذلك تظل الأخلاق ، لاسيما عند ما يحيل عليها القانون ، هي المذهب للشعور السياسى عند الجماعة .

٤٤ - (٢) القواعد القانونية والقواعد الدينية : تقرب القواعد الدينية من القواعد الأخلاقية ، ولو أن من الشراح من يقول إن الأخلاق ليست إلا مظهر الدين ، الأمر الذى يترتب عليه أن تكون القواعد الأخلاقية نوعاً من القواعد الدينية . وأياً كان الأمر فإن القواعد الدينية تتميز عن القواعد القانونية من حيث إن الأولى تعبر عن إرادة إلهية واجبة الطاعة ، فهي تكاليف صادرة من عند الله تقتضى الناس التزام مسلك معين تجاه الله وإزاء الناس . ثم إن مقتضى القاعدة الدينية هو النظر إلى العمل من ناحيته الداخلية ومعنى هذا أن الحالة النفسية البحت تكون مناهضة للتكليف . كذلك

المسلك الذى يقرضه الدين ، وإن كانت مخالفته تستوجب الجزاء الدينى ، لا يقبل التنفيذ الجبرى بنفس الطريقة التى يجرى عليها العمل فى القواعد القانونية .

وتتخذ المسألة وجهاً آخر فى البلاد التى يتخذ فيها القانون طابعاً دينياً ، إذ يظل القانون محتلطاً بالدين ، وتتخذ القواعد القانونية شكلاً دينياً ، وتكون قواعد العبادات وقواعد القانون آتية من عند الله عن طريق الرسول .

٤٥ - (٣) القواعد القانونية والعادات الاجتماعية : ثمة قواعد يكون الشبه بينها وبين القواعد القانونية أكبر وأظهر . ونعنى بهذه القواعد قواعد العادات (الاجتماعية) وهى القواعد التى تنظم العلاقات الاجتماعية التى لم ينظمها القانون ، وذلك لأن هذه العلاقات ، بسبب عدم ارتباطها بالمصالح الاجتماعية الأساسية ، لم يمكن تنظيمها على نحو أولى من تنظيمها على نحو آخر . ووجه الشبه بين قواعد هذه العادات والقواعد القانونية هو أنها كالقواعد القانونية تنظم المسلك الخارجى للأفراد . والغالب أن تدخل هذه القواعد فى نطاق ما يكون من علاقات غير اقتصادية بين الأشخاص . ذلك أن الحياة الاجتماعية ليست محكومة كلها بقواعد قانونية ، وأن جزءاً منها يتم تنظيمه خارج نطاق القانون .

ومن قبيل قواعد العادات الاجتماعية التى ليست قواعد قانونية قواعد الترحيب والمجاملة والاحترام والتوقير والمعاملة الحسنة كوجوب استعمال لفظ : سيادتكم ، بدلاً من : أنت ، مع كبار الأشخاص ، وكتحية الثياب بعضهم بعضاً ؛ ورد التحية عند حصولها ، ورد الزيارة ، والحضور فى المواعيد المتفق عليها ، وتقديم العزاء للصديق الذى وقعت به نازلة وتقديم التهتة للصديق الذى أصابه خير ، والاحتفال بالصديق أو القريب

في المناسبات السعيدة كالزواج أو النجاح ، والتزيى بزي معين في مناسبة معينة .

وتتميز العادات الاجتماعية : (أ) بأن الجزاء المترتب على مخالفتها ليس كالجزاء المترتب على مخالفة القاعدة القانونية ، إذ يقتصر الجزاء عند مخالفة عادة اجتماعية على مجرد قطع الصلة بالشخص الذى خالف مقتضى العادة الاجتماعية أو السخط عليه أو نبذه . وبذلك يقترب الجزاء في هذه الحالة من الجزاء المترتب على مخالفة قاعدة أخلاقية . (ب) أن من يخضع لقواعد العادات الاجتماعية يخضع لها من تلقاء ذاته ، دون أن يكون ثمة التزام قانوني عليه باحترامها . (ج) ومن الناحية الشكلية لا توجد في العادات الاجتماعية فكرة الحق أو ما يقابلها .

وتتكون العادات الاجتماعية من تكرار مسلك معين من جانب شخص أو أكثر ، ويقابل المجتمع هذا المسلك بالترحاب ، ويخضع له بصورة تسكاد تكون شاملة ، بحيث يكون الخروج عليها أمراً وشاذاً .

وكما تكون العادات الاجتماعية بين الأفراد تكون بين الدول كالمراسم الدبلوماسية وتحية السفن العسكرية .

المبحث السادس

القانون الوضعي والقانون الطبيعي

نقسم هذا المبحث إلى فرعين ندرس في فرع أول القانون الوضعي وفي فرع ثان القانون الطبيعي .

الفرع الأول

القانون الوضعي

Droit positif

٤٦ — أصل هذه العبارة ومعناها : ترجع هذه العبارة إلى القرن الثاني عشر عندما استعملها Abellardo ثم زاد انتشار استعمالها في اللغة الفقهية طوال القرن السابع عشر (من Suarez إلى Puffendorf) . ولكن لم يتحدد معناها إلا في السنوات التي تلت القرن الثامن عشر إلى القرن التاسع عشر بفضل النظريات التي عملتها المدرسة التاريخية في ألمانيا . وعلى أثر صدور القانون المدني في فرنسا .

ويقصد بهذه العبارة عادة القانون الناشئ من الإرادة الإنسانية تمييزاً للقانون بهذا المعنى عن القانون الطبيعي تارة وعن القانون الإلهي تارة أخرى وكذلك عن قانون الشعوب .

إلا أن الوضعية ، وإن احتفظت في أصلها بالمعنى القديم وهو كون القانون قد وضعته إرادة بشرية ، تعنى الآن شيئاً مختلفاً جداً لم تعد تدل عليه عبارة القانون الوضعي ، إذ يقصد به الآن القانون النافذ بالفعل . ويبدو هذا المعنى واضحاً في تعريف الفقهاء للقانون الوضعي ، سواء في ذلك الفقهاء الأجانب والفقهاء المصريون : فلقد عرفه الفقه الأجنبي بأنه مجموعة

القواعد القانونية الموجودة عند شعب معين في وقت معين في تاريخه ، والتي تلزم جميع الأفراد ، أياً كان مصدر هذه القواعد ، سواء أكانت صادرة من إرادة أعضاء الجماعة الصريحة أو من إرادتهم الضمنية (١) . وعرفه الفقه المصري بأنه مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد بالفعل في دولة معينة وفي زمان معين أياً كان مصدر هذه القواعد ، سواء أكان مصدرها التشريع أو العرف أو الدين (٢) .

٤٧ — ولقد انتقد بعض الشراح إضافة صفة «وضعي» إلى كلمة القانون ، على اعتبار أنها من قبيل الزيد أو الحشو (٣) ومع ذلك ظل استعمال هذه الصفة باقياً لسبب معين هو أن صفة «وضعي» تعتبر تسكلة ضرورية لكلمة القانون ، إذ أنها تدل على اتخاذ موقف ذهني مباشر أو غير مباشر من بعض المسائل الأساسية التي ثارت عقب الثورة الفرنسية ، أي أنها تدل على اتخاذ موقف معين من الجدل الذي ثار بشأن القانون الذي ليس وضعياً ، ذلك القانون السلمي ، اللاقانون ، والذي يسمى أيضاً بالقانون الطبيعي (٤) .

(١) Gaston May, *Introduction à la science du droit*, 1932, p. 65.

انظر هذا في المعنى أيضاً دى باسكييه ، ص ٢١ ؛ كاربونييه ، ص ١ ، ص ٢٤ رقم ٧ مارتى ورينو ، ص ٥ رقم ٥ .

(٢) انظر في تعريف القانون الوضعي ، سليمان مرقس ص ٦ رقم ٧ ؛ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٧ رقم ٢١ ؛ توفيق حسن فرج ، ص ١ ، ص ٧١ ؛ حسن كيرة ص ١٣ هامش ١ .

(٣) A.P. d'Entrèves, *Natural law*, 1951.

حيث قال إن Bergbohn كان على حق عندما قال :

"The very use of the adjective "positive" with regard to law is nothing but a pleonasm.

(٤) Vittorio Forsini, *Enciclopedia del diritto*, XII, p. 654.

وقريب من هذا أيضاً ، حسن كيرة ص ١٣ ، الذي يلتبس هذا المعنى في صفة positif الفرنسية فيقول إن هذه الصفة تنفي فعال أو إيجابي ، بالمقابلة لفظ negatif أي =

إفزع الثاني

القانون الطبيعي

Droit naturel

٤٨ - ذهب كثير من المفكرين في مختلف العصور إلى أن القانون لا يقتصر على القانون الطبيعي الذي فرضته الدولة ، وأن هناك قانوناً آخر مثالياً ، عقلياً ، مطلقاً ، يسمو على القانون المطبق فعلاً ، هذا القانون هو ما يسمى بالقانون الطبيعي .

وجدت هذه الفكرة في الماضي البعيد ، وجدت في الفلسفة الإغريقية عند أرسطو ، وفي الفقه الروماني ، وتلقاها المذهب المدرسي في القرون الوسطى وفصلها تفصيلاً واسعاً وأعطاهم لوناً لاهوتياً إذ اعتبر القانون الطبيعي إنمساكاً للقانون الإلهي (القديس توماس الأكويني) ثم جاء جروشيوس الذي أخذت على يديه نظرية القانون الطبيعي صيغتها النهائية ، فظهرت مدرسة القانون الطبيعي التي استهوت مفكرى ذلك العصر من هوبز إلى لابنتز . وسارت هذه الفكرة في طريقها المظفر حتى عمت العالم الفكري في أوروبا كلها .

تسلي ، وورد في كتاب هولاند The elements of jurisprudence, 1910 عبارة

قريبة من ذلك حيث يقول في ص ١٨٤٣ عن هوبز العبارة الآتية :

"Positive are those which have not been from eternity; but have been made laws by the Will of those that had the Sovereign Power over others."

(١) إلا أن واضع قانون نابليون انتهى إلى حذف هذا النص في القانون لا لعدم صحته لكن لا يكون ذلك بمثابة اعتناق لمذهب فلسفي لا يتلاءم مع طبيعة النصوص التشريعية (السهرري وحشمت أوسليت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون سنة ١٩٥٠ ص ٥٣) .

٤٩ — الصورة الأولى للقانون الطبيعي : وكان مؤدى مذهب القانون الطبيعي في صورته الأولى هو أنه يوجد فوق القانون الوضعى — ذلك القانون الناقص ، المتغير — قانون آخر مثالى ، مثواه الضمير الإنسانى ، لا يتغير فى الزمان ولا فى المكان ، خالد وشامل ، وأن القانون الوضعى ليس إلا صورة غير كاملة من ذلك القانون الحقيقى ، المستقر فى طبيعة البشر والمحفور فى قلب إنسان ، والمستمد من العقل ، والذى يعد نموذجاً يجب أن تقلده وتنبه كل جميع القوانين الإنسانية ، بل إن القانون الوضعى يكون صالحاً بمقدار انفاقه مع القانون الطبيعى ، إذ القانون الطبيعى هو الفصل الذى يرجع إليه لمعرفة مدى سلامة القوانين وكان لهذا بمثابة الناقد ، والمصحح والمكمل للقانون الوضعى ، وأن القانون الوضعى لا يستند إلى إرادة المشرع بل إلى القانون الطبيعى الذى يقتصر دور المشرع على استلزام أحكامه والنزول عنه بمقتضاها .

ولقد اتسع نطاق مذهب القانون الطبيعى وكان له أثره السياسى فى الحوض على تعديل القوانين وإرساء أسس نظريات قانونية جديدة . وتغلغل فى حياة القرن الثامن عشر فكان وحى الفقهاء والمشرعين ، وقد تأثر به واضعو قانون نابليون ، ويبدو هذا واضحاً فى المادة الأولى من المشروع الأول للقانون نابليون . إذ جاء فى المادة الأولى من ذلك المشروع أنه يوجد قانون عالمى ، لا يتغير ، هو مصدر جميع القوانين الوضعية : إن هو إلا العقل الطبيعى من حيث إنه يحكم الناس كافة . وكذلك جاء فى المادة السابعة من القانون النسائى الذى وضع فى سنة ١٨١١ أنه « فى حالة عدم وجود نص فى التشريع يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعى . *Natürliche Rechtsgrundsätze* ، وكذلك جاء فى المادة الحادية عشرة من القانون المدنى المصرى المختلط الصادر فى سنة ١٨٧٦ أنه « عند عدم وجود نص ، أو عند عدم كفاية النص أو غموضه . يحكم القاضى بمقتضى مبادئ القانون

الطبيعى وقواعد العدالة . بل إن القانون المدنى الحالى ينص فى المادة ٢/١ على أنه : إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

٥٠ — أساس مذهب القانون الطبيعى : تستند فكرة القانون الطبيعى على امرين ذهنيين : الأول ، هو الاعتقاد بأن عالم القانون كعالم الطبيعة ، فكما تخضع على الطبيعة قوانين طبيعية فكذلك يخضع على سلوك الأفراد قانون طبيعى ، الثانى ، هو الاعتقاد بأن من مستلزمات القانون أن يكون موضوعياً فيحكم الناس على وجه سواء ، بصرف النظر عن آرائهم الخاصة وأمانهم ومصالحهم ، فوجب لذلك أن يكون أساس القانون هو الطبيعة إذ هذه وحدها هى التى تنأى بالقانون عن الضيق والنقص والتغير وعن هوى الفرد وتحكم المشرع . هذان الأمران يكفلان للقانون اليقين والموضوعية .

من هذه الفكرة العامة للقانون الطبيعى يتخذ هذا القانون معينين أساسيين : الأول ، هو أن القانون الطبيعى هو وحده القانون العادل . الثانى ، هو أن القانون الطبيعى هو وحده القانون الحقيقى (١) .

ويبرر المعنى الأول أن قوام العدل هو تنظيم العلاقات الاجتماعية بصورة متساوية بحيث لا تحابى أحداً ولا تظلم أحداً ، بل تعطى كل ذى حق حقه *suum cuique tribuere* لهذا كان القانون القائم على الطبيعة هو وحده الذى يبدو عادلاً ، فلا يجوز بفضل موضوعيته ، أن ينسب إليه ميل أو ظلم . ومن هذا الوجه كان القانون الطبيعى هو المعيار الذى يمكن

(١) هذا المعنىان يستحقان فى القانون الوضعى عندما يكون متفقاً مع مقتضى القانون الطبيعى ، ذلك أن أنصار القانون الطبيعى ، حتى من كان متشدهاً ، لم يذهبوا إلى حد استبعاد القانون الوضعى كلية من أجل القانون الطبيعى .

به التعرف على عدالة القانون الوضعي أو عدم عدالته فيخلع عليه القانون الطبيعي فوق الإلزامية القانونية. إلزامية أدبية أو يحرمه منها (وهذا هو القانون الطبيعي الملزم) .

ويبرز المعنى الثاني أن الغاية من القانون هي تحقيق العدل، وأن القانون الذي يحيد عن هذه الغاية فيكون ظالماً لا يعد قانوناً بالمعنى الكامل وبذلك لا يعتبر قانوناً بالمعنى الصحيح إلا القانون العادل . وإذا كان القانون الطبيعي هو وحده القانون العادل لزم من ذلك أن يكون القانون الطبيعي هو وحده القانون الصحيح . ومن هذا الوجه الثاني كان القانون الطبيعي هو معيار « القانونية » في القانون الوضعي بحيث يمنحه أو يمنعه الصحة ، وبحيث يحل هو محل القانون الوضعي إن اقتضى الأمر ذلك (وهذا هو القانون الطبيعي النافذ) .

٥١ - المذهب التاريخي : غير أن مذهب التطور التاريخي (أو المدرسة التاريخية) هاجم مذهب القانون الطبيعي بعنف شديد ، مدلاً على ما في هذا المذهب من تصنع ووهم : إذ يقول أنصار المذهب التاريخي إنه لا يوجد ولم يوجد البتة قانون خالد لا يتغير ، إذ القانون نابع من الجماعة فكان لابد أن يكون متطوراً بتطورها ، ثم إنه ليس ثمة قانون يكون واحداً في جميع الشعوب ، إذ القانون يتوقف على عوامل عدة ، تاريخية واجتماعية ومتعلقة بالأجناس ، تعطيه ملامح تختلف من شعب إلى آخر وأن القانون المنقوش نارة في ضمير الجماعة والمستمد نارة أخرى من العقل قانون لا وجود له ، إن هو إلا شعور مبهم يختلف باختلاف المفكرين الذين يرفعون إلى مرتبة القانون الطبيعي ، أفكارهم الشخصية دون أن يشعروا أنهم خاضعون في كل هذا لأرائهم الاجتماعية والدينية ولا حاسيسهم ومعتقداتهم وأهوائهم .

ولقد ترتب على هذا الهجوم من جانب المذهب التاريخي أن تبين للفقهاء ما في مذهب القانون الطبيعي من تصنع ووم فبهذا فقد هذا المذهب ما كان له من احترام وتقدير .

٥٢ - الصورة الحديثة للقانون الطبيعي : إزاء الضربات التي سددها المذهب التاريخي إلى مذهب القانون الطبيعي اضطر أنصار هذا المذهب إلى تغيير طريقتهم في تصوير القانون الطبيعي ، فكفوا عن وضعه بأنه قانون مطلق وخالد وثابت لا يتغير ؛ واعتبروه مجرد قيم ومثل عليها خلقها الإنسان بنفسه وفقاً لظروفه الزمنية والمكانية . وبهذا أخذ القانون الطبيعي طابعاً تاريخياً ، إنسانياً اعترف به المحدثون من أنصار هذا المذهب الذين ابتدعوا نظرية القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير . إذ قالوا إن القانون الطبيعي ليس قواعد ثابتة تصلح لكل زمان ، ولكل مكان بل هو قانون يتغير مضمونه بحسب الزمان والمكان .

وفي الحق أنه في وقت معين من تاريخ شعب معين يتخيل المفكرون مثلاً أعلى للقانون يتوجهون شطره بالقانون الوضعي ، فيمملون مقارنة بين القانون كما هو كائن والقانون كما ينبغي أن يكون ، بين القانون الوضعي الناقض والنموذج المثالي الذي يرسمه المفكر في مخيلته للقانون الذي يبدو أكثر استجابة لمقتضيات العلاقة .

وهكذا تغيرت صورة القانون الطبيعي فبعد أن كان صورة لما هو كائن أصبح صورة لما ينبغي أن يكون وهو على هذا النحو يصبح مجرد تصوير ذهني لما يجب أن يكون عليه القانون الوضعي ؛ فلم يعد ذلك القانون المطلق الخالد بل أصبح القانون الإنساني التاريخي .

ولكن حتى هل هذا التصوير لا يعتبر القانون الطبيعي قانوناً بالمعنى

المألوف لهذه الكلمة ، إذ ينقصه العنصر المميز للقانون وهو الفاعلية ، أى القابلية للتنفيذ القهرى ، إنه قانون أعزل ، إنه مجرد آماني وآمال تبتغى أن يعمل القانون الوضعى على نمط خلقى معين ومقتضيات معينة من العدل ، هو مجرد عرض لقانون مستقبل ، إن تحقق فى شكل قواعد وضعية فتمه قانون بالمعنى المعروف لأنه يكون عندئذ قد وضع من جانب سلطة عليا حققت ذلك النموذج الخلقى المنشود ومقتضيات العدل المأمولة ، أما إذا لم يتخذ بعد هذا الشكل فلا يكون قانونا بل مجرد آمال وآمان تأمل أن تصير قانونا جديدا أو تعدل قانونا قائما .

على أن نرى طابع القانون عن القانون الطبيعى لا يفض من قيمته العملية إذ هو على تصويره الحديث يعتمد التبعية الذى يغترف منه الشرع ، والمعبر عن الضمير القانونى للأفراد الذى ينبغى على المشرع أن يعتد به فى تنظيم العلاقات . وكذلك لا ينبغى الطابع الوضعى عن القانون أن توجد فيه مبادئ قانونية عامة لم تأخذ شكل القواعد القانونية وأن يتعين على القاضى أن يعمل بمبادئ قانونية لسد ما يـكون فى القانون من نقص ، إذ أن هذه المبادئ أو تلك هى مبادئ يتضمنها القانون الوضعى تستلج على سبيل القياس من النصوص الوضعية .

٥٣ — يخلص مما تقدم أنه لا قانون إلا القانون الوضعى ، وأن الطابع الوضعى للقانون ليس مجرد طابع عرضى زائل ولا ظاهرة تاريخية خارجية ، وإنما هو الشكل الضرورى الذى يتخذه القانون ويتحقق به . أما المرحلة السابقة على اتخاذ القانون هذا المظهر الوضعى ، وهى مرحلة زاهرة بالآفكار والآمال والآمان ، فتدخل كلها فى عداد ما قبل القانونية .

وإذ يدخل القانون الطبيعى فى هذه المرحلة « قبل القانونية » ، لزم ألا يجوز عصيان القانون الوضعى عند تعارضه مع القانون الطبيعى على نحو

ما قاله أنصار القانون الطبيعي ، وهو قول إن يكن مفيداً من ناحية السياسة التشريعية ، لما يترتب عليه من استعجال تعديل القانون الوضعي ، لا يجوز الأخذ بمقتضاه في مجال تطبيق القانون بسبب ما يترتب عليه من خطر جسيم هو إهدار إلزامية القانون الوضعي .

٥٤ - مذهب الطبيعيين ومذهب الوضعيين : على أساس القول من ناحية بوجود قانون طبيعي يسمو على القانون الوضعي ، والقول من ناحية أخرى بوجود قانون واحد هو القانون الوضعي نشأ مذهبان ، مذهب الطبيعيين وم أنصار القانون الطبيعي ومذهب الوضعيين وم أنصار القانون الوضعي .

٥٥ - الطبيعة القانونية jusnaturalisme : وهو مذهب يؤمن أنصاره بوجود قانون طبيعي يسمو على القانون الوضعي ويعتبر مثلاً أعلى يجب أن يسعى القانون الوضعي إلى تحقيقه . ولقد تعددت صفات هذا القانون عند القائلين بوجوده فوصفه الفلاسفة اليونان بأنه قانون غير مكتوب آت من عنده ، وصوره الرومان قانوناً أبدياً مستقراً في القلوب ، وقال عنه الكنديسيون أنه قانون إلهي .

وفي القرن السابع عشر أخذ أنصار مذهب القانون الطبيعي jusnaturalistes يزعمون نزعة فردية عندما قالوا إن للفرد حقوقاً طبيعية ثبتت له بمقتضى القانون الطبيعي قبل نشوء الجماعة ودخولها فيها عن طريق العقد الاجتماعي . وأقاموا القانون على أساس الحقوقي الفردية التي أتى بها الفرد عند دخوله في الجماعة وبذلك أعطى أنصار هذا المذهب أساساً فردياً للقانون . وقامت الثورة الفرنسية في ظل مذهب القانون الطبيعي ثم وضع قانون نابليون بعد ذلك فجاء مشعباً بالطابع الفردي الذي اتخذه القانون الطبيعي في ذلك الوقت . ولقد كانت نتيجة ذلك أن صور القانون

الخاص على أنه قانون الفرد ، وحامى الحقوق الأساسية التى تقررت له
بمقتضى القانون الطبيعى .

٥٦ - الموضوعية positivisme : ويعنيها منها نوعان: الموضوعية القانونية
والموضوعية العلمية

(١) الموضوعية القانونية positivisme juridique وأنصار هذا
المذهب لا يؤمنون بالقانون الطبيعى ، الذى يعتبرونه مجرد أفكار شخصية
وآراء وعقائد وهم لذلك يخرجون القانون الطبيعى من نطاق علم القانون
الذى يجب فى رأيهم أن يكون مقصوراً على القانون الوضعى وحده . ولهذا
يطلق اسم الموضوعية القانونية على المبدأ القائل بأنه فى تنظيم العلاقات
الاجتماعية يجب أن يكون القول الفصل فى ذلك للقانون الوضعى دون
ما يسمى بالقانون الطبيعى وأنه لا فائدة من أن يوضع فى مواجهة القانون
الذى تضعه الدولة وتشمله بقوتها وسلطانها قانون مثالى لاحول له ولا قوة .

ويختلف الوضعيون القانونيون فيما بينهم من حيث نطاق الدراسة ومن
حيث أساس القانون : فمنهم من يرون قصر الدراسة على القانون الوضعى
المطبق فى بلادهم وفى زمانهم ، ومنهم من يرون بسط نطاق الدراسة بحيث
يشمل القوانين الموضوعية المطبقة فى البلاد الأخرى .

ثم هناك من يجعلون أساس القانون هو الدولة ، فيقولون أن ما تقرره
الدولة هو القانون ولا قانون إلا ما تفرضه الدولة . فى حين يقيم آخرون
القانون على أساس العقد الاجتماعى .

٥٧ - (٢) الموضوعية العلمية positivisme scientifique وسميت
بالموضوعية العلمية لأن أنصارها ينزلون القانون منزلة العلوم الطبيعية التى تتحرى
علاقة السببية بين الظواهر المختلفة ، ولذلك يكون موضوع علم القانون

عندم هو الكشف عن الأسباب التي تفسر الظواهر القانونية ، وهذا يفترض خضوع الوقائع الاجتماعية لنفس القوانين الحتمية التي تخضع لها الظواهر الطبيعية (١) .

ويختلف أنصار الوضعية العلمية فيما بينهم من حيث نظرهم إلى القانون . فهناك المدرسة التاريخية التي تعتبر القانون واقعة تاريخية بمعنى أن القانون ينشأ من حياة الشعب ومن عاداته وتقاليده ومن ثم لا يوجد قانون طبيعي مطلق يسرى على الناس كافة ، وبذلك يكون ما تواضع عليه الشعب من تقاليد هو المثل الأعلى الذي يستهدفه المشرع . وهناك المدرسة الاجتماعية Ecole sociologique وهذه تقول إن القانون يجب أن يكون علماً قائماً على الملاحظة وردته بذلك إلى علم الاجتماع . وهي تبحث عن أساس القواعد القانونية عن طريق تحليل عادات المجتمع وحاجاته ، وتصل في سهولة من طريق مشاهدة ما هو كائن إلى تقرير ما يجب أن يكون (٢) كما لو كان وجود قاعدة ما دليلاً على شرعية تلك القاعدة .

المبحث الرابع

العوامل التي تساهم في تكوين القانون وتطويره

تمة نوعان من العوامل يساهمان في تكوين القانون وتطويره : عوامل ذات طبيعة أخلاقية نفسية ومقتضيات المصلحة الاجتماعية . هذان الاتجاهان يتلاقيان ويتكاملان في مضمون القانون .

(١) سبق أن قلنا إن القانون يعتبر ظاهرة طبيعية بمعنى أنها من مقتضى طبيعة الجماعة (ص ٢٢) . ونهنا بهذا إلى أن اعتبار القانون ظاهرة طبيعية أو ضرورية لا يقتضي أن يعامل معاملة العلوم الطبيعية أو يدرس على نحو ما تدرس تلك العلوم (هامش ص ٢٢) .
(٢) مع أنه لا يمكن أن نتخلص من حكم متعلق بواقعة حكماً متعلقاً بقيمة تلك الواقعة فإذا اتفق شخصان على واقعة ما فلا معنى هذا أنهما اتفقا على القيمة التي تعطى لهذه الواقعة .

ومن بين تلك العوامل توجد مجموعة من القيم الأخلاقية تهيمن على ضمير الجماعة وتحدث أثرها في تكوين القانون . وفي مكان الصدارة من هذه القيم تأتي فكرة العدل باعتبارها الملهم والمكون لما سيكون فيما بعد قانوناً . وتقترب من فكرة العدل فكرة أخرى غالباً ما تختلط بها وهي فكرة العدالة التي ينبغي تمييزها باعتبارها المخفف لما يمكن أن يتسم به القانون الوضعي من شدة .

لذلك نتكلم أولاً في فكرة العدل ثم في فكرة العدالة .

الفصل الأول

العدل

Justice

٥٨ - العدل إحساس يتجلى فينا على هيئة استحسان أو استهجان ، ضرور أو ألم ، إزاء واقعة ما عند موافقة هذه الواقعة لضميرنا الأخلاقي أو مخالفتها له ، إذ نحس بالرضا والسعادة عند انتصار الحق واندحار الباطل ، كما نحس بالغضب والأسى عند إدانة البريء وتبرئة المذنب . هذا الإحساس الغامض ، الذي يشيع في أعماقنا ويعيش فيها هو « الإحساس القانوني » ، « الضمير القانوني » ، « العقيد القانونية » .

ويوجد هذا الإحساس بصفة عامة عند جميع الناس ، ولكنه يكون عند بعض الناس في حالة بدائية غير واضحة المعالم ، في حين أنه يكون عند غيرهم ، لما نالوه من علم ، قد نما ورهف وازداد عمقاً . ومن هذا الإحساس الذي يوجد عند الناس كافة يتكون الضمير القانوني الجماعي . إلا أن هذا الإحساس لا يكون دائماً على حال واحد ، إذ يتغير مع الزمن ، فقد يبدو ظالماً نظام كان يبدو فيما قبل طبيعياً ومشروعاً كما في نظام الرق . العدل

٥ --- للدخل العلوم القانونية

إذن يتغير كما أن القانون يتغير ، فليس ثمة عدل مطلق ، كما أنه لا يوجد قانون خالد يحكم الناس جميعاً .

٥٩ - معنى العدل وأنواعه : فكرة العدل من أصعب الأفكار وأكثرها إغنائاً ، وهذا يرجع إلى تعدد المعاني التي أعطيت لها عبر التاريخ ، والتي يجب فصلها بعضها عن بعض للوصول إلى نتيجة مرضية ، ولقد هيأ أرسطو بتمييز العدل التوزيعي ، باعتباره خاصية من خواص المشرع ، قوامها توزيع المغارم والمغانم وفق ما يستحقه كل شخص ؛ والعدل التصحيحي باعتباره خاصة من خصائص القاضي ، وهو يتحصل في العدل التبادلي ، أي تعادل الأموال المتبادلة ، وفي العدل الجزائي ومقتضاه توقيع العقاب على المذنب بقصد العمل على احترام النظام القانوني المعتدى عليه . وفي الجملة يقيم الفلاسفة الإفریق العدل على أساس المساواة والتناسب بين الأداء الذي قدمه أحد الطرفين ومقابل الأداء المقدم من الطرف الآخر . وعند الرومان يقيم أربليان العدل على أساس مبدأ إعطاء كل شخص ما يستحقه *suum* *cuique tribuere* سواء أكان ما يستحقه ثواباً أو عقاباً أو اعترافاً بحق .

وفي النظريات الحديثة نجد آراء الشراح مع اختلافها وتشعبها تكاد تتفق في إقامة العدل على أساس فكرة المساواة أو فكرة التناسب . ولقد لقيت هذه الفكرة تطبيقات جديدة في كثير من العلوم : ففي الاقتصاد نجد ما يسمى العدل التوزيعي الذي يقوم على أساس التناسب بين الأفراد والأموال التي يستحقونها ، وفي التشريع المالي نجد ما يسمى بالضريبة العادلة أو الظالمة بحسب ما إذا كانت تصيب الناس جميعاً بحسب قدرتهم أم لا ، وفي القانون الجنائي يدور النقاش حول ما إذا الغرض من العقاب هو تحقيق العدالة أو حماية الجماعة .

وعلى ذلك يقال إن القانون عادل إذا كان يعطي كل ما يستحق وفقاً لمبدأ المساواة والتناسب في حين يكون ظالماً القانون الذي يخرج على هذا المبدأ .

القانون الذى يعاقب بالسجن جريمة بشعة يكون عادلا ، أما القانون الذى يعاقب نفس الجريمة بمعقوبة هينة فيكون قانوناً ظالماً . وكذلك يعد عادلا القانون الذى ينظم علاقات المستأجرين بالملاك على أساس التوفيق المتناسب بين مصالحهم المتعارضة ، فى حين يكون ظالماً القانون الذى يتبع معياراً مختلفاً ، وهلم جرا .

٦٠ — ولقد اختلف فيما إذا كان العدل معياراً أم قاعدة . فذهب بعض الشراح إلى أنه معيار فقط ، بمعنى أنه يتدخل باعتباره ميزاناً يزن ويقدر النتائج القانونية التى تترتب على عمل الأفراد ، فهو لا ينظر فيما إذا كان العمل غير المشروع قد حوسب عليه صاحبه أم لم يحاسب ، ولا فيما إذا كان العمل الصالح من الناحية الاجتماعية قد كوفى عليه صاحبه أم لم يكافأ ، فهذه آثار يرجع فيها إلى مقتضيات أخلاقية أو قانونية ، وإنما يتدخل العدل فقط ليقدر العقاب أو الثواب وفقاً لجسامة العمل أو قيمته ، أى أن العدل وفقاً لهذا رأى ، لا يتدخل للمطالبة بالعقاب لمن أساء العمل وبالثواب لمن أحسنه وإنما يتدخل ليقدر العقاب أو الثواب إذا اقتضتهما اعتبارات أخرى . هو معيار للتقدير وليس قاعدة فى ذاته .

فى حين يذهب رأى آخر إلى أن العدل لا تقتصر وظيفته على أن تكون مجرد معيار بين مقدار النتائج الحسنة والسيئة التى تترتب على عمل ما ، بل يقتضى أيضاً ترتيب هذه النتائج ، إذ يتطلب إعطاء كل شخص ما يستحق من ثواب أو عقاب على عمله الحسن أو السيئ ، وبمقدار ما يستحق . وبهذا يكون العدل قاعدة ومعياراً فى وقت واحد .

٦١ — على أن هذه الفكرة المجردة فى معنى العدل ليست تعنى أن العدل فكرة جامدة وموضوعية ، ذلك أن ممارسة العدل فى الحياة العملية يجعله غاية فى المرونة . والواقع أن فكرة العدل تناط باعتبارات ذات طابع شخصى

فتحديد ما هو مستحق والموازنة والمساواة ومناسبة الآثار وفقاً لقيمة العمل هي تقديرات تكون من الدقة والصعوبة بحيث يمكن أن تضيق في متاحات التحكم وقد ينتهي الأمر بأن يصير ميزان العدل هو ضمير الفرد بل ضمير صاحب الشأن نفسه. إلا أن زمام الأمر في العدل لا يترك كله للتحكم، فهناك قدر أساسي يجتمع عليه آراء الناس في وقت معين يصبح هو المعيار السائد في الحكم على الأفعال. وبهذا يعتبر العدل جزءاً من تقديرنا الخلقية، شعوراً أو فكرة أو ضرورة خلقية، أو موجهاً ودافعاً نحو نظام يعطى كلاً ما يستحق. وعلى هذا النحو يكون العدل سيداً دافعاً على تكوين القانون وفقاً لما يجب، أو قوة تطالب وتقدم بل قد تقود إلى ثورات تطيح بالنظام الاجتماعي كله إذا لم يعد يتفق مع مستوى الأفكار الجديدة.

٦٢ — العدل والقانون : قلنا إن العدل هو الملمس والمكون للقانون ، وأن المشرع يستلهم العدل في سنه القوانين . وصحيح أن الناس يؤمنون أشد الإيمان بوجود العدل وأن قلوبهم لا ترضى أبداً بأن يكون هناك انفصال بين ما هو عدل وما هو قانوني . ومع ذلك فالقانون لا يقوم كله على العدل . فهناك دواعي المصلحة الاجتماعية تقتحم الباب وتقتضي المشرع أن يحسب حسابها ، بما قد يؤدي لا إلى عدم تحقيق المثل الأعلى للعدل لحسب ، بل قد يصل الأمر إلى وجود قانون ظالم إلى حد ما . وفي الحق أن القانون تنظيم شرع من أجل كيان الجماعة وحمايتها ، فهو ضرورة وللضرورة أحكامها ، وقد يكون من شأن هذا نسيان ما يقتضيه العدل . ومن هنا وجد التعارض بين القانون والعدل .

فالقانون قاعدة مطبقة إجباراً وقهراً ، أما العدل فمشعور ، أو فكرة ، أو مثل أعلى يصاحب ويلهم تكوين القانون وتطوره . ولكنه يقف دائماً عند عتبة القانون . إنه يتوجه إلى المشرع لا إلى القاضي ، الذي يتعين

عليه أن يطبق القانون ولو كان القانون مخالفاً للعدل . أما ما يسمى عدالة
القاضي فتقتصر على وجوب تطبيق القانون تطبيقاً محايداً وموضوعياً
وعلى نحو واحد بالنسبة إلى الناس جميعاً . فلكل وظيفة يمارسها داخل
نطاق القانون ولا يجوز له أن يكون رقيقاً على القانون ولا أن يحيد عن
قواعده (١) .

والعدل يقتضى أن يقدّر العمل تقديرأ ذاتياً مع مراعاة الظروف
جميعها ، أما القانون فيلجأ إلى طريقة التجريد والتعميم . ثم إن القانون
ينطوى على درجة معينة من الشكيلة والتشدد وهو ما لا يتفق مع المعيار
الذى يتبعه العدل والذى يكون ذاتياً ومرناً دائماً ومتغيراً . إن عدل القانون
يكون بالضرورة ناقصاً ، بل قد تكون لإجراءاته على درجة معينة من الظلم ،
ذلك أن القانون يتكون من قواعد شاملة وعامة ، فالقواعد الواضحة
المنضبطة والموحدة هى وحدها التى تستطيع أن تدرأ المنازعات وأن توطن
أسس التعايش . وقد يضطر القانون أمام علاقات الحياة وتعددتها وتغيرها
إلى أن يسوى بين أمرين مختلفين وأن يعامل غير الصحيح على أنه صحيح ،
مضحياً إلى حد ما بما يقتضيه العدل . ثم إنه فى كثير من العلاقات يعتمد
القانون إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة فيؤدى هذا به إلى إيقاع ظلم جزئى
وأخيراً قد تعرض ظروف استثنائية تقتضى فيها ضرورات الحياة القصوى
التضحية بالعدل .

(١) بل لقد قيل إن فكرة العدل تتحد مع فكرة الضرورة الاجتماعية وأن الضرورة هى
التي تخلق العدالة .

(Helmberger, Der Begriff der Gerechtsamkeit im Strafrecht. Berl.
1903).

إلا أننا نقول — دون الإهاب إلى هذا الحد — إن هناك عاملين يسهان فى تكوين القانون
وهما العدل ودواعى المصلحة الاجتماعية .

٦٣ - أنواع العدل : يقسم الشراح العدل إلى أقسام ثلاثة : العدل التبادلي ويكون في علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، والعدل التوزيعي ويكون في علاقات الجماعة بالأفراد باعتبارهم هذا ، والعدل الاجتماعي ويكون في علاقات الجماعة بالأفراد باعتبارهم أجزاء في الجماعة .

٦٤ - (أ) العدل التبادلي justice commutative : وسمى العدل هنا تبادلياً لأن عمله يقع بمناسبة مبادلة الأشياء والخدمات بين الأفراد ، إذ يقتضى هذا العدل أن تكون هناك مساواة حسائية بين الأداءات المتبادلة فإذا أعطى شخص لآخر شيئاً في مقابلة شيء أخذه هو وكانت قيمة الشيء الذى أخذه تزيد على قيمة الشيء الذى أعطاه كان في حدود زيادة قيمة الشيء الذى أخذه قد استولى على شيء هو من حق الشخص الآخر ووجب عليه أن يردّه حتى يتحقق التعادل بين ما أعطى وما أخذ . وبناء على ذلك يجب أن يرد المقرض إلى المقرض مقدار ما اقترض ، وأن يكون الأجر الذى يستحقه الشخص من عمل أداه معادلاً لقيمة ذلك العمل .

وليس يقتصر العدل التبادلي على العلاقات التعاقدية التى تنشأ بين الأفراد ، بل يطبق أيضاً على العلاقات غير التعاقدية ؛ فإذا تسبب شخص بخلطه فى الإضرار بغيره كان مقتضى العدل التبادلي أن يلتزم الأول بإصلاح الضرر الذى أصاب الثانى وأن يكون التعويض مساوياً للضرر .

٦٥ - (ب) العدل التوزيعي justice distributive : ويعمل هذا النوع من العدل فى نطاق ما يكون من علاقات بين الجماعة والأفراد باعتبارهم أفراداً . وسمى العدل توزيعياً لأنه يهيم على توزيع مغانم الجماعة ومغارمها بين الأفراد . وأساس العدل التوزيعي هو المساواة . ولكن المساواة هنا ليست مساواة حسائية كما هو الحال فى العدل التبادلي ، إذ أن مقتضى العدل التوزيعي أن يكون التوزيع بين الأفراد بحسب ملكاتهم وقدراتهم.

وحاجاتهم ، فلا يصح في العدل التوزيعي أن يعامل الأفراد على أساس المساواة الحسابية وهم يختلفون بعضهم عن بعض من حيث الملكية والقدرة والحاجة . وعلى ذلك تكون المساواة الصحيحة وفقاً للعدل التوزيعي هي امتناع المساواة في معاملة أشخاص ليسوا سواء في ملكاتهم وحاجاتهم وقدراتهم ، ولهذا كانت المساواة التي يقوم عليها العدل التوزيعي هي المساواة التناسبية التي تحسب حساب ما يكون بين الأفراد من فروق .

ففي توزيع مغانم الجماعة يزيد نصيب الفرد بزيادة قيمة الخدمة التي يؤديها للجماعة أو بزيادة حاجته . ولذلك اختلف أجر كبار الموظفين عن أجر صغارهم ، واختلف مقدار ما يزداد على أجر رب الأسرة بحسب عدد الأولاد الذين يعولهم .

وفي توزيع أعباء الجماعة يزيد نصيب الفرد من هذه الأعباء بحسب ثروته ، ولهذا كانت الضريبة التصاعدية على الدخل أعدل من الضريبة التناسبية ، وكان إنقاص الضريبة بسبب الأعباء العائلية عادلاً كذلك .

وفي المواد الجنائية يقتضى العدل التوزيعي أن تتناسب العقوبة مع جسامة ما تحدثه الجريمة من اضطراب في المجتمع ، ومع مسئولية المجرم الشخصية أى مع جسامة خطئه .

٦٦ - (ج) العدل الجماعي أو القانوني justice sociale, légale :

ويكون في علاقة الجماعة بالأفراد لا بوصفهم أفراداً بل بوصفهم أعضاء في جماعة أى أجزاء في كل . ولهذا سمي العدل جماعياً . ويختلف العدل الجماعي عن العدل التوزيعي : ففي حين يتحرك العدل التوزيعي من الجماعة إلى الأفراد يتحرك العدل الجماعي من الأفراد إلى الجماعة السياسية ، وفي حين يكون الدائن بالعدل التوزيعي هم الأفراد يكون الدائن بالعدل الجماعي هي الدولة ويكون المدينون بالعدل الجماعي أو القانوني هم الأفراد الملتزمون ، بوصفهم

أعضاء في الجماعة ، حكاماً كانوا أم محكومين ، بأن يؤدوا إلى « الشكل الجماعي ، ما يستحقه من جانب أعضائه .

وأساس العدل الجماعي هو الصالح العام مع ما يترتب على ذلك من وجوب تسخير الأفراد لخدمة الجماعة ممثلة في الدولة ، باعتبارهم أجزائها المكونين لها ويكون حق الدولة في هذا التسخير حقاً واجب الأداء .

فيجب للدولة على الفرد المواطن باختياره جزءاً في الشكل الجماعي أن يؤدي ما يلزم لوجود هذا الشكل واستقلاله وتكوين أعضائه وكفالة حسن سيرهم : فيجب عليه أن يؤدي الضريبة وأن يقوم بواجب الخدمة العسكرية وأن يسهم في الوظائف العامة ، وفي الجملة يجب عليه أن يقدم جميع المعونات والمساعدات التي لا تستطيع الدولة باعتبارها شخصاً معنوياً ، أن تحصل عليها إلا من أعضائها وهم الأشخاص الطبيعيون المكونون له . وكذلك يجب للدولة على الفرد المواطن ، إذا كان حاكماً ، أن يؤدي وظائفه بدقة وأمانة وإذا كان محكوماً أن يطيع قوانين السلطة العامة وأوامرها المشروعة .

كذلك يجب للدولة على الفرد العضو توجيه مساهمته الخاص وإخضاع ماله الخاص للصالح العام : فلا يكفي أن يؤدي واجبه المدني والسياسي والجماعي تجاه الدولة بل يجب عليه أيضاً أن يخضع كل ما يملك من عمل شخصي وأموال خاصة لحيز الجماعة ممثلة في الدولة .

ولا يقتصر عمل العدل الجماعي على علاقة الدولة بأجزائها المكونين لها ، بل يعمل أيضاً في الجماعة الدولية ، إذ أن مقتضى العدل الجماعي ألا تعتبر كل دولة قائمة بنفسها مستقلة عن غيرها بل تعتبر الدول أعضاء في جماعة أكبر وأوسع يجب أن تستطيع الشعوب الضعيفة أن تعيش فيها كغيرها من الشعوب وأن يكون لها حق في الوجود مساو لحق غيرها . بل يجب فوق هذا أن يكون للشعوب الضعيفة حق في أن تبذل لها الدول الأخرى المساعدة وأن تكفل لها أمنها وأن تعطى لها جزءاً من ثرواتها وهذا هو

ما يسمى بالعدل الدولي justice internationale .

المبحث الثاني

العدالة

Equité

٦٧ - معنى العدالة : يوجد إحساس آخر ، ومعيار أخلاقى هو العدالة ، وهى غالباً ما تختلط بالعدل ولكنها تختلف عنه على ما سنرى . ولقد اختلف الشراح فى تحديد معنى العدالة : فتارة يقصد بها القانون الطبيعى والعقل الذى يجب الرجوع إليه لسد نقص فى القانون الوضعى أو لتصحيحه ، وتارة يقصد بها قواعد الأخلاق وتارة ثالثة يقصد بها حكمة التشريع *ratio legis* التى يجب التعويل عليها فى التفسير المنطقى . والذى نختاره هو أن العدالة إحساس أخلاقى موجود فى الضمير الاجتهادى وظيفته الموازنة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة حددتها الظروف ، أو هى شعور أخلاقى يستلهمه القاضى فى أثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية فى تطبيقها على حالة معينة عندما يأذن له القانون فى ذلك بنص استثنائى صريح .

إن القانون يضع قواعد مجردة وعامة لمجموعة غير محددة من الوقائع والعلاقات . وقد يحصل أن قاعدة عامة ، إذ تطبق على حالة معينة ، نصير ظالمة وتؤدى إلى ضرر أو التزام لا مبرر له ، وعندئذ تتدخل العدالة لإزالة هذا التعارض بين القاعدة العامة والحالة الخاصة فتعدل من القاعدة بأن تخفف من شدتها أو لا تطبقها كلها أو بعضها ، وتصوغ منها قاعدة جديدة قوائم بالحالة الخاصة .

٦٨ - الفرق بين العدالة والعدل : وهى هذا النحو تعتبر العدالة نوعاً من العدل ، أو هى العدل مطبقاً على حالة خاصة . إلا أنه هناك فروقاً بين للعدل والعدالة يتعين أن نبرزها ونعطى للعدالة معنى اكتسبته فى خلال

التاريخ . لقد ميز أرسطو بين الفسكرتين فعرف العدالة بأنها تيسير الحل الذى نص عليه القانون .

فالعدل يتسم بالعمومية ، إذ أنه لا يعنى إلا بالمبادئ العامة ، أما العدالة فتتم بالظروف الخاصة لكل حالة . ولذلك فإنها تختلف من حالة لأخرى ، وتكيف بحسب كل حالة وتستجيب لمختلف الدوافع الأخلاقية . سم إن العدل يتميز بالصلاية والتشدد فكما يرضيه أن يقضى ببراءة البرى . يرضيه أن يقضى بإدانة المذنب ، أما العدالة فتبتنى دائماً نوعاً من العطف والإنسانية والرحمة من شدة القوانين فى حالة معينة . فهى المنفذ التى تدخل منه إلى القانون مقتضيات الرحمة والإنسانية والغيرية ولو بتوضيحية مقتضيات العدل (١) .

والعدالة تنقسم بطابع شخصى عاطفى أظهر مما فى العدل فهى تمثل الإنسانية فى القانون إذ تعمل على إزالة المفارقات وتخفيف ما يكون من حدة وتشدد فى مضمون القواعد القانونية . وبهذا يوجد عامل مرن ، شخصى ، يتراعى أثره فى ضمير الأفراد بطريقة تختلف من شخص لآخر ، وهذا يفضى حتماً إلى خطر التحكم .

٦٩ - دور المراتل : تؤدي العدالة كل ما يؤديه العدل . فباعتبارها إحساساً ومقتضى خلقياً تلهم وتحض على عمل القانون ، ويمكن مع الزمن أن تتحول إلى قواعد أو نظم قانونية على نحو ما حصل فى الإبطال للغب (م ١٢٩) وفى الأخذ بنظرية السبب فى التصرفات القانونية (م ١٣٦) وفى رد ما ليس مستحقاً فى الذمة (م ١٨١ إلى ١٨٦) وفى الإثراء بلا سبب (م ١٧٩) والتعسف فى استعمال الحق (م ٤٠٥) . ولكن إلى أن يتحقق هذا التحول وإلى أن يعترف المشرع إيجابياً بقواعد العدالة لا تكون العدالة

(١) ولقد كان لعدالة البريتور أثر كبير فى القانون المدنى تجلت فى الاهتمام بحسن النية فى الالتزامات والميل إلى التحرر من الشكليات وتغليب نية الطرفين إلخ .

قانوناً ، ويعد القاضى مرتكباً غلطاً جسيماً إذا أراد أن يخالف قانون بلده .
معدلاً إياه باسم العدالة أو لما يعتقد أنه العدالة . وإذن ليس للعدالة قيمة
قانونية مصححة أو مكملة للقواعد القانونية : إنها تتجه إلى المشرع لا إلى
القاضى ، ولا يجوز للقاضى أن يأخذ بأسبابها إلا إذا رخص له القانون
فى ذلك صراحة .

٧٠ - وثمة حالات كثيرة فى القانون يرخص فيها المشرع للقاضى أن
يأخذ بأسباب العدالة : من ذلك مثلاً نصه فى الفقرة الثانية من المادة الأولى
من القانون المدنى على أنه « إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم
القاضى بمقتضى العرف » ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية
فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، وكذلك
نصه فى المادة ٩٥ من القانون المدنى على أنه « إذا اتفق الطرفان على جميع
المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد
ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم .
وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى
فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة » ، ونصه فى
المادة ١٤٨ / ٢ مدنى على أنه « لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه
ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة
بحسب طبيعة الالتزام » ، ونصه فى المادة ١٦٦ على أن « من أحدث ضرراً
وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان
غير مسئول على ألا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى وإلا أصبح ملزماً
بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » ، ونصه فى المادة ٩٣١ على أنه « إذا
التصق منقولان للمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن
هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة فى الأمر مسترشدة بقواعد
العدالة .. الخ .

في هذه الأحوال وفي غيرها يحيل القانون القاضى إلى ضميره الشخصى وإلى الإحساس العام بالعدالة . ولكن فيما عدا الحالات التى يميز فيها المشرع للقاضى أن يلبأ إلى معايير العدالة ويدعوه إلى تطبيق القانون على حالات معينة ، لا يكون للعدالة مجال تطبيق فيه ، ما دام النظام القانونى مستقراً ويؤدى وظيفته على وجه منتظم ، ذلك أن القانون الوضعى يكفى بذاته لتنظيم العلاقات . أما إذا أريد أن يضحى به من أجل العدالة فإن ذلك يخل بالمساواة الواجبة بين الأفراد والاستقرار الواجب للنظام الاجتماعى .

٧١ - ويلاحظ أن دور العدالة يختلف بحسب ما يبلغه النظام القانونى من تقدم : ففي بلد لا يزال النظام القانونى فيها بدائياً تقوم العدالة بدور هام عن طريق الشراح والقضاة ، على نحو ما كان الحال عليه عند الرومان حيث لعب القانون الپريتورى دوراً هاماً . أما حيث يبلغ القانون درجة النضج وتمس الحاجة إلى الثبات والطمأنينة تتخلى العدالة عن مكانها وتقع فى ركن ثانوى إليه . ولا غرابة فى ذلك ، فالواجب أن يتراجع العقل الباطن القانونى أمام قانون وضعت قواعده فى إمعان وتدبر .

الفصل الثاني

القانون باعتباره مجموعة من التكاليف
(أنواع القواعد القانونية)

٧٢ — حاصل النظام القانوني أنه مجموعة من التكاليف ، كما يكون محلها فرض مسلك إيجابي يكون محلها فرض مسلك سلبي . وبذلك تكون القاعدة القانونية إما من أمر وإما من نهي . والقاعدة القانونية من حيث مضمونها تتكون من جزئين : الواقعة محل التكليف والآثار القانونية التي تترتب على تلك الواقعة . عندئذ تكون القاعدة قائمة برأسها وكاملة . غير أنه قليلا ما نجد في التنظيم الحالي للقوانين قواعد من هذا القبيل وذلك لأن فن القوانين الحديث ، بالنظر إلى تعدد مضمون القاعدة القانونية يقسم القاعدة إلى نصوص تعتبر أجزاء من تلك القاعدة . فالقاعدة القانونية لا تأتي في الأصل على هيئة كل قائم بذاته ، أي تنظيم كامل للواقعة بل تنقسم إلى عدة نصوص تبين تارة الواقعة التي حصل تنظيمها ، والشروط التي يجري بها تنظيم تلك الواقعة تارة ثانية والتنظيم القانوني التي تخضع له الواقعة كلها أو جزء منها . تارة ثالثة . ولهذا يكون كل نص مجرد عنصر واحد من بين العناصر التي تتكون منها القاعدة . ومن هنا كان تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد قائمة بذاتها وقواعد غير قائمة بذاتها .

ثم إن القواعد القانونية ليست سواء من حيث إرادة الأفراد ، بل منها ما لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفته ومنها ما يجوز لهم أن يتفقوا على خلافه . ومن هنا كان تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد مطلقة وقواعد نسبية .

وأخيراً تنقسم القواعد القانونية من حيث سلطة القاضي في تطبيقها إلى قواعد جامدة وقواعد مرنة .

تلك أهم تقسيمات القواعد القانونية نتكلم فيها تباعاً .

المبحث الأول

القواعد القائمة بذاتها وغير القائمة بذاتها

٧٣ - أساس هذا التقسيم هو كون القاعدة مستقلة عن غيرها من القواعد أو متصلة بقواعد أخرى ، فالقاعدة القائمة بذاتها هي التي تبين بفردتها التكليف الإيجابي أو السلبي بصورة كاملة لا تتوقف في ذلك على غيرها من القواعد . أما القاعدة غير القائمة بذاتها فلا يكون لها معنى إلا إذا وصلت بغيرها من القواعد التي تحدد أو تقيد أو تمنع . والقواعد غير القائمة بذاتها هي أجزاء من التكليف القانوني لا يمكن الحكم عليها إلا بالرجوع إلى التكليف التي تكمل هي مضمونه أو تقيده أو تعينه . ومثال هذا النوع من القواعد ما يأتي :

٧٤ - (١) القواعد المفردة أو المعصرة للتشريع ، وهي تلك القواعد التي يقصد بها بيان معنى عبارات التشريع^(١) أو تحديد مضمونها^(٢) أو توضيح الغموض الذي يكتنف تطبيق قواعد أخرى^(٣) . وفي هذه الأحوال لا يكون للتفسير الذي يصدر من المشرع مجرد قيمة لغوية بل تكون له قيمة

(١) مثال ذلك نص المادة ٨٢ مدني التي تعرف المقار وللتقول . والمادة ٨٤ مدني التي تعرف الأشياء القابلة للإستهلاك ، والمادة ٨٥ مدني التي تعرف الأشياء المثلية .

(٢) مثال ذلك المادة ٢٠٦ التي تحدد مضمون الالتزام بنقل حق ميني فنقول إن الالتزام بنقل حق ميني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والحفاظة عليه حتى التسليم .

(٣) مثال ذلك المادة ٣٥١ التي تبين الأحكام التي تسري على الوفاء بمقابل .

قانونية إذ يقتضى المشرع بأن تفهم عبارات معينة على النحو الذى بينه وليس على نحو آخر . ويعتبر النص المفسر جزءاً من النص الذى حصل تفسيره ويشكل معه تكليفاً واحداً^(١) . وهذا هو ما يسمى بالتفسير الرسمى .

ويمكن ونحن بصدد الكلام فى القواعد المقررة أو المفسرة للتشريع أن نجرى تقسيماً فرعياً لهذه القواعد ، فنقول إن القواعد المقررة أو المفسرة للتشريع قد تكون :

(١) قواعد مفسرة بالمعنى الضيق ، وهى التى تفسر قاعدة أخرى بأثر يرجع إلى وقت صدور تلك القاعدة أى يستند إلى الماضى (بأثر رجعى *ex tunc*) .

(ب) وقواعد مفسرة بالمعنى الواسع وهى التى يبدأ أثرها التفسيرى من وقت صدورها لا من وقت صدور القاعدة التى يراد تفسيرها . وتسمى هذه القواعد المفسرة قواعد مجمدة ، وتكون فى حالة ما إذا أراد الشارع أن ينحرف عن القواعد التى كانت مطبقة من قبل . ولهذا يكون أثر هذه القواعد مقصوراً على المستقبل فقط *ex nunc* .

٧٥ - (٢) التعريفات القانونية : ويمكن اعتبارها نوعاً من القواعد المفسرة ، ذلك أن التعريف ليس إلا تفسيراً نهائياً لمبدأ أو نظام ، يحصل بداهى الصياغة التشريعية تقادياً لتكرار أو خلط . فالمشرع وهو بسبيل تنظيم علاقة يعمد من باب تبسيط نصوصه إلى أن يحدد سلف معنى العلاقة التى يريد تنظيمها وينص على الشروط الأساسية التى تكفل تطبيق قواعد أخرى^(٢) . والأصل أن يأتى التعريف موضعاً للمبدأ . ولكنه قد يأتى غير دقيق

(١) وهذا هو المثل فى إلزاميته أى أن إلزاميته لا ترجع إلى أنه أمر إلى التامى بفهم النص على الوجه المقصود ، ذلك أن الأمر إلى التامى بالتطبيق يقارن جميع القواعد القانونية .

(٢) مثال ذلك المادة ٣٩٠ التى تعرف الورقة الرسمية .

أو فائصاً، وعندئذ يتعين تكميله أو تصحيحه بنصوص أخرى ومن هنا كانت سياسة وضع تعريفات من جانب المشرع أمراً غير مرغوب فيه .

وفي القانون المدني غير قليل من التعريفات منها تعريف الموطن (م ٤٠م) وتعريف العقار والمنقول (٨٢) وتعريف الشرط (م ٢٦٥) وال أجل (٢٧١م) وتعريف مبدأ الثبوت بالكتابة (م ٤٠٢/٢) وتعريف الإقرار (م ٤٠٨م) وتعريف المقاولة (م ٦٤٦) وعقد العمل (م ٦٧٤) والوديعة (٧١٨م) وحق الارتفاق (١٠١٥م) والرهن الرهسي (١٠٣٠م) والامتياز (١١٣٠م) .

٧٦ - (٣) قواعد امانه : وهى قواعد ليس لها مضمون بذاتها ، بل تحيل فى تنظيم حالة معينة على قاعدة أو مجموعة قواعد وضعت لحلالة أخرى ، ومثالها ماورد فى المادة ٣٥١ التى تحيل فى تنظيم الوفاء بمقابل على أحكام البيع وأحكام الوفاء ، والمادة ٤٨٥ التى تحيل فى تنظيم المقايضة على أحكام البيع .

وشايه بقواعد الإحالة قواعد التنازع وهى القواعد التى تسوى النزاع بين عدة قوانين يطالب بتطبيقها على وقائع أو علاقات معينة ، كالنزاع الذى يكون بين قانون ملغى وقانون جديد فيما يتعلق بوقائع نشأت فى ظل قانون ملغى واستمرت حتى صدر قانون جديد ، وتسمى هذه القواعد بالقواعد الانتقالية (١) *droit transitoire* والنزاع بين قانون وطنى وقانون أجنبى ويرجع فى هذا النزاع إلى قواعد للقانون الدولى الخاص (٢) .

٧٧ - (٤) الجزاءات القانونية : وهذه إحدى وسائل الصياغة التشريعية

(١) مثال ذلك المواد من ٦ إلى ٩ فى القانون المدنى .

(٢) مثال ذلك المواد من ١٠ لحد ٢٨ من القانون المدنى .

يقصد بها نقل حكم قانونى من واقعة إلى واقعة أخرى لإعطاء الثانية حكم الأولى لما بينهما من تشابه أو لأسباب أخرى . إلا أنه بدلا من الاختصار على مجرد بسط حكم واقعة إلى واقعة أخرى تعتبر الواقعة الثانية كأنها الواقعة الأولى على خلاف الحقيقة بحيث يسرى عليها حكم الواقعة الأولى . ذلك أنه قد تقتضى الشارع حاجة عملية إلى خلق اقتراضات إما لإدخال قواعد قانونية مرغوب فيها ولكن بطريقة لا يترتب عليها إيراد نصوص تبدو متعارضة أو شاذة . وإما رغبة في التبسيط والإيضاح فى القانون . ويلاحظ أنه لا يترتب على المجاز أن يعتبر ما ليس بالحقيقى أمراً حقيقياً ، وإنما تترتب فقط نفس النتائج التى كانت لتترتب لو كان الأمر حقيقة واقعة ، فهو مجرد تشبيه قانونى أو معاملة علاقتين مختلفتين فى ذاتهما معاملة واحدة ، أى مجرد تشبيه قانونى أو معاملة علاقتين مختلفتين فى ذاتهما معاملة واحدة ، أى أن المشرع يعتبر الواقعة (١) من الناحية القانونية كما لو كانت هى الواقعة (ب) .

ونادراً ما يلجأ المشرع الحديث إلى المجاز . ومثال المجاز فى القانون إستناد تحقق الشرط الى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام (م ٢٧٠) ، وإعادة المتعاقدين فى حالة إبطال العقد أو بطلانه إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد (م ١٤٢) ، وإستناد الإجازة الى التاريخ الذى تم فيه العقد (م ١٣٩/٢) ، واعتبار السكوت عن الرد تعبيراً عن الإرادة بما يقيد القبول (م ٩٨/٢) . والعلم لا يرضى عن المجاز ، إذ المجاز ستر للحقيقة . والعلم الذى ينافى به تحرى الحقيقة لا يقنع بالحيلة . إن كل مجاز فقهى هو مسألة لم تحل ، وما المجاز إلا تصوير مؤقت يلجأ اليه انتظاراً للكشف عن الحقيقة ، إنه بمثابة عكاز يستعمله من لا يستطيع السير على قدميه .

وقريب من المجازات القانونية القرائن القانونية التى تنفى من تفرقت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات . وقد تكون القرينة

٦ - - - الممثل فى الدوام القانونية

القانونية بسيطة فيجوز نقضها بالدليل العكسي ومثالها اعتبار الوفاء بأجرة شهر قرينة على الوفاء بأجرة الشهور السابقة (م ٥٨٧ مدني) . وقد تكون القرينة القانونية قاطعة فلا يجوز قبول دليل بنقضها ، ومثالها أن الأحكام التي سازت قوة الأمر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، إذ ينص القانون على أنه لا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة (م ٤٠٥) .

المبحث الثاني

القواعد المطلقة والقواعد النسبية

٧٤ — عندما يعتد القانون في أداء وظيفته بإرادة الأفراد يفعل ذلك بإحدى طريقتين . إما بإعطائها فاعلية مشروطة وإما بالقيام مقامها عند تخلفها . ومن هنا أمكن أن تختلف العلاقة بين القاعدة القانونية وإرادة الأفراد باختلاف الأحوال . فإما أن تفرض القاعدة القانونية نفسها بصورة مطلقة دون توقف على إرادة الأفراد بل على الرغم من هذه الإرادة ، وإما أن يقتصر عمل القاعدة القانونية على معاونة إرادة الأفراد . في الحالة الأولى يوجد نظام قانوني واحد لا يتغير ، وفي الحالة الثانية يعتمد القانون على أعمال التنظيم الذي وضعه أصحاب الشأن . فإذا لم يوجد هذا التنظيم تدخل القانون وأملى القاعدة . في الحالة الأولى يفسد الباب في وجه المبادرة الفردية ، أما في الحالة الثانية فيفتح الطريق أمام إرادة الأفراد . في الحالة الأولى تكون القاعدة مطلقة ، وفي الحالة الثانية تكون القاعدة نسبية . وعلى ذلك تنقسم القاعدة القانونية من حيث اعتدادها بإرادة الأفراد إلى قاعدة مطلقة وقاعدة نسبية . وهما ما جرى الاصطلاح على تسميتهما بالقاعدة الأمرة والقاعدة المفصرة أو المسكلة .

الفرع الأول

القاعدة المطلقة (الأمرة)

٧٥ — القاعدة المطلقة هي تلك التي تفرض نفسها بصورة مطلقة دون توقف على إرادة الأفراد ، بل على الرغم من هذه الإرادة . وقد تكون إيجابية إذا كانت تفرض أمراً ، وقد تكون سلبية إذا كانت تشمل على تحريم . وبذلك تنقسم القاعدة المطلقة إلى قاعدة أمرة وقاعدة ناهية . وسميت مطلقة لأنها توجب على الأفراد ، بصورة غير مشروطة ، اتباع مسلك معين أو الامتناع عن مسلك معين ، دون أن يجوز لهم الية الخروج عليها في اتفاقاتهم . ومن هنا تميزت القاعدة المطلقة بعدم جواز الاتفاق على مخالفتها أو التهرب من الآثار التي فرضها النظام القانوني . أي أن إلزاميتها مطلقة غير مقيدة بقيد ولا مشروطة بشرط . وتبين القاعدة الإيجابية العناصر الموضوعية والشكلية التي يترتب على توافرها في وقائع معينة أن تفتح هذه الوقائع آثارها . ومن الطبيعي أن يجوز للأفراد أن يمارسوا نشاطهم ولكن داخل نطاق هذه العناصر ، بمعنى أنه يجوز لهم توفير شروط تحقيق النتيجة القانونية فإن لم يوفروا هذه الشروط لا تتحقق النتيجة المطلوبة ، إذ تقع تصرفاتهم باطلة في نظر القانون . أما القواعد الناهية فتحد من حرية الأفراد إذ تقتضي الامتناع عن القيام بأعمال معينة ولا ترتب أي فاعلية قانونية على التصرفات التي تكون مخالفة لهذه النواهي .

الفرع الثاني

القاعدة النسبية (المسكلة)

٧٦ — القاعدة النسبية هي تلك التي لا تقتضي الأفراد اتباع مسلك معين أو الامتناع عنه ، بل تستهدف معاونة الأفراد فيما تتجه إليه إرادتهم ،

بقصد ترتيب آثار قانونية معينة . وتشمل القاعدة النسبية ما يسمى القاعدة المسكلة التى قصد بها أن تسد ما يكون من نقص فى تصرفات الأفراد ، فهى بمثابة النموذج الذى يجوز للأفراد أن يقتبسوا منه ما ينظمون به اتفاقاتهم إن اختاروا ذلك ، والذى ينطبق عند عدم وضعهم تنظيمًا معينًا فى اتفاقهم . ومن هنا كان الطابع النسبى لهذه القاعدة فهى تنطبق فى حالة عدم اتفاق الطرفين على تنظيم اتفاقهم فى مسألة معينة ، إذ معنى هذا أنه يجوز للأفراد أن ينظموا اتفاقاتهم على نحو يختلف عن الطريقة التى ينظم بها القانون مثل هذه الاتفاقات . وبذلك تكون إلزامية هذا النوع من القواعد نسبية ، أو احتياطية ، فهى نسبية بمعنى أنه لا إلزام على المتعاقدين فى الأخذ بمقتضاها ، واحتمالية بمعنى أنها (أى الإلزامية) لا تتحقق إلا عند عدم تنظيم الطرفين تصرفاتهم على نحو آخر . قصارى القول أن القواعد المسكلة قواعد ملزمة ولا يمنع من كونها ملزمة أن يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلاف ما تنقضى به تلك القواعد ، إذ تكون هذه القواعد واجبة الاحترام والطاعة إذا لم يتفقوا على خلافها ، هى إذن تنظيم علاقات معينة على نحو معين ، تنظيمًا يلزم المتعاقدين فى حالة عدم اتفاقهما على تنظيم آخر إذ تطبق القاعدة المسكلة من تلقاء نفسها وتكون هى التى تحدد الآثار القانونية ^(١) .

٧٧ — ويرتب على وجود القواعد المسكلة أن ترفع عن المتعاقدين

(١) ولا يصح اعتبار تنظيم الأفراد علاقاتهم على نحو يخالف ما قرره القاعدة المسكلة خروجاً على حكم هذه القاعدة . فليس فى هذا الوضع خروج ، بل تنحصر المسألة فى اختلاف مدى التكليف الذى تتضمنه القاعدة القانونية . وتتميز القاعدة القانونية للمسكلة بأن فاعليتها مفروطة بعدم وجود تنظيم يضمه أشخاص العلاقة ، أى أن شروط انطباق القاعدة المسكلة هو عدم وجود تنظيم يخالف لها من جانب أصحاب العلاقة ، وبذلك تكون المسألة ليست مسألة جواز الخروج على القاعدة القانونية للمسكلة بل مسألة توافر شرط انطباق تلك القاعدة ، وإذن يمكن تعريف القاعدة المسكلة تعريفًا لا يشير أى شك فى طابعها الملزم ، فنقول إن القاعدة المسكلة هى القاعدة التى يشترط لتطبيقها ألا يكون هناك تنظيم وضعه أصحاب العلاقة لتنظيم تلك العلاقة .

ضرورة تنظيم جميع المسائل القانونية ، فهي تضع قواعد دقيقة تنظم آثار العلاقة التي أنشأها الطرفان . وهذه النصوص غالباً ما تشتمل على الشروط المألوفة التي درج الأفراد على وضعها في العقود التي يبرمونها فيما بينهم ، فهي إذن من رواسب الشروط التعاقدية التقليدية وهي بهذا تمثل القصد النموذجي في العلاقة وفقاً للظروف والأحوال الاقتصادية .

إلا أنه يجب ألا يظن أن القواعد المكتملة إنما تستند إلى إرادة المتعاقدين الضمنية ، إذ لو صح ذلك لكان من الممكن استبعاد تطبيقها إذا أثبت المتعاقدان أنهما يجهلان النتائج التي نص عليها القانون ، أو كان عليهما بها غير مطابق للواقع . وهذا غير صحيح . فالقاعدة المكتملة لا تتوقف في إلزاميتها على علم المتعاقدين بها ، وبالتالي لا تستند إلى إرادة المتعاقدين الضمنية ، هي لازمة ، لا لأنها تمثل إرادة المتعاقدين الضمنية بل لأن القانون قصد بها أن تقوم مقام تنظيم لم يعمل الطرفان ، مستهدياً في ذلك بما يعمل المتعاقد النموذجي في تنظيم علاقته التعاقدية .

٧٨ - القواعد المفسرة والقواعد المكتملة : غالباً ما تأتي عبارة

القاعدة المفسرة مقترنة بعبارة القاعدة المكتملة في معرض الكلام في القواعد التي يجوز الاتفاق على خلافها . والحقيقة أن بين القاعدتين اختلافاً يمنع أن تكون كل منهما مرادفة للآخرى . فالقاعدة المفسرة لا تعمل إلا عندما يكون هناك تنظيم تصرفي أنشأه الطرفان ولكن يكتنف الغموض بعض عبارات ذلك التنظيم التصرفي بأن يحى التعبير عن الإرادة غامضاً أو غير منضبط فتدخل القاعدة المفسرة لبيان الكيفية التي يتحدد بها مضمون ذلك التعبير حتى يمكن أن ترتب عليه الآثار القانونية الصحيحة . أى لأن القاعدة المفسرة تبين ، عند غموض التعبير ، ما يعد مضموناً لذلك التعبير . وبذلك

تكون وظيفتها هو توضيح معنى التعبير ويكون هدفها هو تحديد المضمون الصحيح للتعبير التصرفي .

أما القاعدة المكتملة فتتدخل فقط عند وجود نقص في التعبير عن الإرادة ، فهي تعمل فقط عندما لا يكون هناك تعبير عن الإرادة من جانب المتعاقدين في مسألة معينة . هي إذن تضع تنظيمًا احتماليًا . ومن هنا كان لكل من القاعدة المكتملة والقاعدة المفسرة طابع قانوني يختلف عن طابع الأخرى ، إذ تفترض الأولى ، النقص ، في بعض نواحي التصرف الذي أبرمه الطرفان . أما الثانية فتفترض « الوجود » الذي يحيط به الغموض . ثم إنه من السهل أن نتصور كيف يتفق الطرفان على مخالفة القاعدة المكتملة بأن يرتبا الآثار القانونية لتصرفهما على نحو يخالف التنظيم الذي نصت عليه القاعدة المكتملة ، في حين أنه يصعب تصور كيف يستبعد الطرفان تطبيق القاعدة المفسرة لاسيما إذا عرفنا أن المخاطب بالقاعدة المفسرة هو القاضي وليس طرفا التصرف . فإذا كان مقتضى القاعدة المفسرة التي وردت في المادة ٢/١٥٠ أنه « إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ » ، فلا يسهل تصور كيف يستبعد الطرفان تطبيق هذه القاعدة . إن القاعدة المفسرة ليست تدخل في نطاق عمل الطرفين ولذا لا يستطيعان استبعادها . اللهم إلا إذا قلنا إن استبعاد الطرفين للقاعدة المفسرة يتحقق إذا تحريا الدقة والوضوح في وضع عبارات الاتفاق ، الأمر الذي يجعل اتفاقهما بمنأى عن انطباق القواعد المفسرة بشأنه . وفي هذا القول نظر .

من أجل هذا لا يجوز معاملة عبارة القاعدة المفسرة على أنها مرادفة لعبارة القاعدة المكتملة فلا يجوز أن يقال إن القاعدة المكتملة أو المفسرة بل يقال القاعدة المفسرة والقاعدة المكتملة على اعتبار أن كل من العبارتين لما مدلول يختلف عن مدلول الأخرى .

الفرع الثالث

معيار تمييز القاعدة المطلقة عن القاعدة النسبية

٧٩ — ليس المعيار في معرفة القواعد المطلقة من القواعد النسبية هو في اختلاف مجال عمل كل منهما . فليس صحيحاً أن قواعد القانون العام كلها قواعد مطلقة وأن قواعد القانون الخاص هي دائماً قواعد نسبية ، صحيح أن القانون العام تغلب فيه القواعد المطلقة بالنظر إلى أن المصالح العامة تأخذ مكان الصدارة فيه ، في حين أن القانون الخاص تغلب فيه القواعد النسبية بالنظر إلى أنه ينظم أساساً المصالح الفردية ، إلا أن هذا لا يمنع من أنه توجد في القانون العام قواعد يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها ، كما هو الحال في قانون المرافعات حيث يجوز للمتقاضين الاتفاق على تغيير الاختصاص المخل (م ١٣٦ مرافعات) . كما أن القانون الخاص زاحز بالقواعد التي لا يجوز الاتفاق على خلافها ، كالقواعد المتعلقة بالأسرة وقواعد الميراث وقواعد الشهر والقواعد التي تبطل التصرفات القانونية لعدم مشروعيتها الخ .

وقد تفيد العبارة التي ترد بها كل من القاعدة المطلقة والقاعدة النسبية في معرفة هذه من تلك . فقد تدل عبارة « لا يجوز الاتفاق على . . . » ، ويقع الاتفاق باطلاً ، على أن القاعدة مطلقة لعدم جواز الاتفاق على مخالفتها . كما يمكن أن تدل عبارة « إلا إذا اتفق على خلاف ذلك » ، على أن القاعدة نسبية . إلا أن هذا المعيار ليس كافياً .

٨٠ — والأولى الرجوع إلى أساس القاعدة ، إلى الحكمة منها *ratio iuris* ، فإذا كان هدفها المباشر هو حماية المصلحة العامة كحماية الأسرة ، واستقرار المعاملات ، وتحقيق الحاجات العليا المشتركة ، وحماية

النظام السياسي في الدولة كانت القاعدة مطلقة ، وذلك لأنه لا يجوز تضحية المصالح العامة من أجل مصلحة الفرد . بخلاف ما إذا كان هدف القاعدة المباشر هو حماية المصالح الفردية ، إذ تكون القاعدة عندئذ قاعدة نسبية .

والأهمية العملية للفرقة بين القاعدة المطلقة والقاعدة النسبية هي أن الاتفاقات أو التصرفات التي تخالف قاعدة مطلقة تكون باطلة مطلقاً في حين أن التصرفات التي تستبعد تطبيق قاعدة نسبية تكون صحيحة ، ولا تعد مخالفة للقانون ، لأن المتعاقدين إذ يتفقان على خلاف القاعدة النسبية إنما يفعلان ذلك بترخيص من القانون ذاته .

على أن الذي ينبغي ملاحظته هو أن التفرقة بين القواعد المطلقة والقواعد النسبية ليس أساسها هو أن الأولى ملزمة وأن الثانية ليس ملزمة . فكلما النوعين ملزمان وإنما ينحصر الفرق بينهما في درجة الإلزام فالقواعد المطلقة ملزمة إلزاماً لا يجوز الإفلات منه باتفاق مخالف والقواعد النسبية ملزمة ولكن يجوز التخلص من إلزاميتها باتفاق مخالف . الفرق بينهما ليس إذن في الطبيعة أو الموضوع وإنما هو في درجة الإلزام .

الفرع الرابع

النظام العام والآداب

٨٩ - وغالباً ما يميز الشراح بين القواعد المطلقة والقواعد النسبية من وجه آخر أكثر غموضاً وهو أن القواعد المطلقة تتصل بالنظام العام والآداب وأن الثانية لا تتصل بالنظام العام والآداب . وهذا يقتضي أن نتكلم في كل من النظام العام والآداب .

المطلب الأول

النظام العام

Ordre public

٨٢ - فكرة النظام العام من الأفكار التي يصعب تحديدها وضبطها. ولقد وجد اصطلاح « النظام العام » للمرة الأولى في المادة ٦ من التقنين المدني الفرنسي . وفي التقنيات التي وضعت بعد التقنين المدني الفرنسي كالتقنين الإسباني (١١ م) والتقنين الياباني (٣٠ م) والتقنين البرازيلي (١٧ م) والتقنين السويسري (٢ م) يستعمل اصطلاح النظام العام في القول إنه في الحالات التي تعين فيه نصوص القانون الداخلي قانوناً أجنبياً لا يطبق هذا القانون إذا كان مخالفاً للنظام العام . ولقد أراد المشرع الألماني أن يتفادى عدم الدقة التي تطوى على فكرة النظام العام فنص على أنه يجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان هذا التطبيق مخالفاً لحسن الآداب أو لهدف التشريع الألماني . ولقد قصد بهذه العبارة الأخيرة الإشارة إلى النظام العام على اعتبار أنه الهدف الذي تقصد التشريعات حمايته . أما التقنين المدني المصري الحالي فقد استعمل عبارة النظام العام في أكثر من موضع : استعملها في المادة ٢٨ حيث قال « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص .. إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام أو للآداب في مصر » . وفي المادة ١٣٥ حيث قال « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً » ، وفي المادة ١٣٦ حيث نص على أنه « إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً » . وفي المادة ٢٠٠ فقال إنه « ... لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام » ، وكذلك في المادة ٥٠١ التي تنص على أنه « لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام » .

٨٣ - تقرير فكرة النظام العام : إن النظام القانوني الذي تضعه

الدولة لم يوضع من أجل نفسه بل وضع لأجل الجماعة ، للحفاظ عليها والنهوض بها ، وهذه هي الأهداف العامة لكل نظام قانوني . وغنى عن البيان أن كل علاقة قانونية ينظمها القانون إنما تختلف أهميتها بحسب موقعها من الأهداف الرئيسية للنظام القانوني أي أهداف المحافظة على الجماعة والنهوض بها . فمن العلاقات ما لا يكون لازماً لتحقيق تلك الأهداف ولا يرى القانون موجباً لأن ينظمه بقواعد مطلقة ، في حين توجد علاقات أخرى تكون من الأهمية لتلك الأهداف بحيث يكون تنظيم تلك العلاقات لازماً لتحقيق أهداف المحافظة على الجماعة والنهوض بها ولهذا يكون لازماً على القانون أن ينظم تلك العلاقات بقواعد يزودها بساطة تكليفية مطلقة . في النوع الأول من العلاقات لا يجد القانون حرجاً في أن يترك للأفراد حرية تنظيم العلاقات التي تنشأ فيما بينهم على النحو الذي يرونه أفضل ، فيرخص لهم في أن يضعوا القواعد التي تنظم هذا النوع من العلاقات ، وبذلك تكون فاعلية هذه القواعد مستمدة ، لا من النظام القانوني بل من الرخصة التي منحها ذلك النظام لأشخاص تلك العلاقة . فإذا لم يستعمل الأفراد الرخصة الممنوحة لهم أعد النظام القانوني القواعد التي تحكم علاقات الأفراد عند عدم وجود تنظيم من جانبهم . ومن هذا اتسمت تلك القواعد بطابعها الاحتياطي ، بمعنى أنها لا تنطبق إلا عند عدم وجود القواعد التي يضعها أشخاص العلاقة .

أما حيث يكون مضمون العلاقة ذا أهمية لتحقيق المحافظة على الجماعة والسير بها في مدارج السكال فلا يجوز أن يترك تنظيم تلك العلاقة لإرادة الأفراد ، وذلك لأن هؤلاء ، فوق عدم استطاعتهم وضع القواعد التي تصلح لتحقيق الأهداف الرئيسية للجماعة ، قد يقصدون ، لأسباب خاصة ، أن ينظموا تلك العلاقة على نحو يعارض تلك الأهداف . لذلك كان لازماً على

القانون أن يضع القاعدة ذات الطابع المطلق المباشر ولا يعطى للأفراد أى نصيب فى تنظيم تلك العلاقة .

ويختلف مسلك القانون إزاء هذا النوع من العلاقات باختلاف الأحوال فقد يحصل ألا يكون للإرادة الفردية أن تمارس أى دور ، بسبب أن النظام القانونى قد استأثر بالعلاقة إنشاءً وتنظيماً ، فلم يقتصر على وضع القواعد التى يجب أن تحكم العلاقة بل ينشئ العلاقة ذاتها إذا توافرت ظروف معينة سواء أكانت تلك الظروف راجعة إلى عمل الإنسان أم كانت راجعة لفعل الطبيعة . وفى حالات أخرى قد تعطى الإرادة الفردية الحق فى أن تنشئ العلاقة بناء على تحويل من النظام القانونى ، حتى إذا نشأت تلك العلاقة لا يكون للإرادة الفردية أى نصيب فى تنظيمها ، لوجود قاعدة قانونية مزودة بسلطة تكليفية مطلقة هى التى تفرد بتنظيم العلاقة دون أن تتيح للإرادة الفردية أن تسهم فى ذلك التنظيم بأى نصيب .

تلك القواعد التى تتمتع بسلطة تكليفية مطلقة ، والتى توجد فى القانون العام والقانون الخاص على السواء تشكل طائفة قائمة بذاتها تسمى قواعد النظام العام . ومن هنا يمكن القول إن قواعد النظام العام هى تلك القواعد التى تنظم علاقات يكون مضمونها أساسياً فى المحافظة على الجماعة وفى النهوض بها . فهى قواعد تكفل وجود الجماعة ، أساس النظام القانونى ، وتنظم العلاقات التى يكون عليها من الأهمية بحيث يتعين تنظيمها على نحو معين وإلا تأثر أساس الجماعة وتعطلت مصالحها الحيوية وحيل دون تحقيق أهدافها الرئيسية .

٨٤ - ولمعرفة ما إذا كانت قاعدة ما متعلقة بالنظام العام أو غير متعلقة به يجب أن يتحرى القاضى حقيقتين : فوجب أولاً معرفة هدف القاعدة وما إذا كان هذا الهدف يتصل اتصالاً مباشراً بالمحافظة على الجماعة والنهوض بها ، وما إذا كانت مخالفة هذه القاعدة يؤدى إلى خطر يهدد وجود الجماعة

أو يزعم كيانها في الحال أو في المستقبل ، ويجب ثانياً التعرف على قصد المشرع ، باعتباره الهيئة التي تدرك أحاسيس الجماعة وحاجاتها وآمالها ومصالحها ومواطن الضعف فيها والأخطار التي تترصدها ، وهو بهذا يضع القاعدة التي يجب أن تنظم العلاقات ، ويعترف على ما يكون من العلاقات ذا أهمية للجماعة فينظمه بقواعد يزودها بسلطة تكليفية مطلقة . فإذا استبان في قاعدة ما هدف المحافظة على الجماعة والنهوض بها واتضح قصد المشرع في اعتبارها أساساً في تحقيق ذلك الهدف كانت تلك القاعدة متعلقة لا محالة بالنظام العام .

٨٥ - وقواعد النظام العام شائعة في مختلف نواحي القانون عامة وخاصة : ففي فروع القانون العام نجد في القانون الدستوري حيث يكون أثره إبطال الاتفاق الذي ينزل بمقتضاه شخص عن حقه في الانتخاب مقابل مبلغ من المال ، وكذلك في القانون الإداري حيث يترتب عليها إبطال كل اتفاق يرمى إلى زوال الشخص عن وظيفته لقاء مبلغ من المال ، وفي القانون المالي حيث يبطل كل اتفاق يقصد به التهرب من دفع الضريبة ، وكل اتفاق يشترط فيه الدائن على المدين أن يفي بدينه ذهباً في الوقت الذي يكون فيه للعملة الورقية سعر إلزامي ، وفي القانون الجنائي وهو يتسكون عن مجموعة من القواعد يعتبر احترامها ضرورياً للمحافظة على الجماعة ، ولذلك كانت قواعده متعلقة بالنظام العام وكان الجزاء المترتب على مخالفتها هو العقاب فضلاً عن إبطال التصرفات التي تكون مخالفة لهذه القواعد ، كالاتفاق على ارتكاب جريمة مقابل دفع مبلغ من المال إذ يكون هذا الاتفاق باطلاً ، فإن توافر في ذلك الاتفاق ركن الجريمة الجنائية كان الجزاء أيضاً هو العقاب .

كذلك توجد قواعد النظام العام في القانون الخاص كالقانون المدني (١٣٥ م ، ١٣٦ ، ٢٠٠ ، ٢٥١) والقانون الدولي الخاص (٢٨ م مدني)

والقانون التجارى ، والأحوال الشخصية حيث تعتبر الأسرة نظاماً أساسياً
المحافظة على الجماعة والنهوض بها .

بل إن دواعي ظهور فكرة النظام العام أقوى في القانون الخاص منها
في القانون العام ، ذلك أن لإرادة الفردية في القانون الخاص نصيب
أكبر ، ولذلك كان من اللازم أن يوجد فيه قيد عام يرد على كل ما لم تحرمه
قاعدة قانونية صريحة . هذا القيد هو النظام العام ، ومقتضى هذا القيد أن
كل ما يكون مخالفاً للنظام العام لا يحل له أن يوجد .

وعلى هذا تحمل فكرة النظام العام عبء المحافظة على الدولة والجماعة
وكبح جماح كل ما يمكن أن يمس سلامة الجسم الاجتماعى ومن هنا كانت
فكرة النظام العام في النظام القانونى الاشتراكى ألزم وأضخم منها في
النظام الفردى .

٨٦ - وفكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف في الزمان وفي المكان
فما يكون مخالفاً للنظام العام في وقت قد يصبح أمراً مشروعاً في وقت
آخر . وما يكون مخالفاً للنظام العام في جماعة قد يكون غير ذلك في
جماعة أخرى . ثم هي فكرة مرنة ذكرها المشرع ولم يتناولها بالضبط
والتحديد ، ولهذا اعتبرت «فكرة على بياض» ، يتولى القاضى ملأها وفقاً
للعايير السياسية السائدة وقت نظر النزاع . ويكون حكمه فيها يعتبر من
النظام العام وما لا يعتبر كذلك فصلاً في مسألة قانونية ، ولهذا يكون غاصماً
لرقابة محكمة النقض .

المطلب الثانى

الأداب

Bonnes moeurs

٨٧ - وكما جعل القانون النظام العام قيداً على تطبيق أحكام قانون
أجنبى وقيداً على حرية التصرفات التى يبرمها الأفراد ويطلبون لها القوة

من القانون كذلك استعمل القانون فكرة الآداب لنفس الغرض فلم يمنح حمايته لما يكون من التصرفات مخالفاً للآداب (١٣٥ م، ١٣٦) ولم يحز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص الوضعية إذا كانت أحكام ذلك القانون مخالفة للآداب (٢٨ م) . وعلى ذلك إذا كانت القواعد المتعلقة بالنظام العام قواعد مطلقة (أمرة أو ناهية) فكذلك القواعد المتعلقة بالآداب تكون هي الأخرى قواعد مطلقة ، لا يجوز أن يخرج عليها الأفراد وإلا كانت تصرفاتهم باطلة بطلاناً مطلقاً من الناحية المدنية ، بل وكانوا معرضين للعقاب من الناحية الجنائية إن كان في تصرفهم ما يعتبر جريمة مخلة بالآداب في نظر القانون الجنائي .

٨٨ - والغرض الذي يستهدفه التشريع من ذكره الآداب ليس الرغبة في الارتفاع بالجماعة الى مستوى الكمال الخلقي وإنما هو يقصد ألا يمنح قوته للتصرفات التي تكون مخالفة للآداب . ولقد وردت كلمة الآداب في التشريع دون ضبط ، على نحو ما حصل بالنسبة لعبارة النظام العام (١) . ولهذا اعتبرت فكرة الآداب ، فكرة على يابض ، يتولى القاضي ملأها مستهدياً بقواعد الأخلاق السائدة في ضمير الجماعة (٢) . والأخلاق التي يعتد بها القاضي لمعرفة ما إذا كان مسلك الشخص متفقاً مع الآداب أو مخالفاً لها ، ليست الأخلاق الشخصية بل الأخلاق العامة التي تعكس الضمير العام للجماعة ، وليست هي الأخلاق المثالية التي ينادى بها الفلاسفة والتي لا تتغير ، بل الأخلاق العملية التي يمارسها أو يحسبها جميع الناس .

(١) ولقد قصد بهما أن يكونا على هذا النحو حتى يكلا ما فات القانون وبسطا معايير واسعة لكل ما يجب اعتباره غير مشروع ولو لم يرد نص بتحريمه .

(٢) ويكون حكم القاضي فيما يعتبر مخالفاً للآداب حكماً في مسألة متعلقة بالوقائع ولهذا لا يخضع لرؤية محكمة النقض ، بخلاف حكمه فيما يعتبر مخالفاً للنظام العام فإنه يكون حكماً متعلقاً بالقانون ويكون بذلك خاضعاً لرؤية محكمة النقض .

ويصعب القول إن الآداب يختلف النظر إليها باختلاف الجنس والحالة والمركز الإجتماعي ذلك لأنها تتصل بالأخلاق العامة المشتركة في الجماعة . ولهذا فليست فكرة الآداب واحدة دائماً في كل مكان وفي كل زمان ، بل هي الفكرة التي تكون في ضمير الناس في وقت معين والتي تختلف من جماعة إلى جماعة بحسب الزمان وبحسب حظ كل جماعة من الثقافة .

ولا يجوز قصر مضمون الآداب على الجرائم التي نص عليها القانون الجنائي باعتبارها محظرة بالأخلاق والآداب (الجرائم الجنسية) فهناك من الأفعال ما يعتبر مخالفاً لمقتضى الآداب عند الجماعة دون أن يكون معاقباً عليها من الناحية الجنائية .

٨٩ - وعلى ذلك يكون مقتضى القواعد القانونية المطلقة المتعلقة بالآداب أن يقع باطلاً كل اتفاق مع امرأة على أن يدفع لها مبلغ من المال في مقابل معاشرتها معاشرة غير مشروعة ، وكذلك الاتفاقات المتعلقة باستغلال بيت من بيوت العهارة ، والاتفاق على دفع مبلغ من المال لشخص ليقوم بعمل يكون من واجبه أن يقوم به أو ليمتنع عن عمل غير مشروع .

المبحث الثالث

القواعد الجامدة والقواعد المرنة

٩٠ - التقسيم الثالث للقواعد القانونية أساسه سلطة القاضي ، فهي تنقسم من حيث سلطة القاضي إلى قواعد جامدة وأخرى مرنة : فالقواعد القانونية إما أن توضع لتنظيم واقعة محدودة تحديداً كاملاً ، وعندئذ تتخذ القاعدة عند تطبيقها طابعاً جامداً وموضوعياً ، وإما أن توضع بحيث تترك مجالاً لتقدير القاضي ، بسبب أنها تنظم وقائع غير محدودة أو متغيرة ، تخضع لتأثير الحياة الاجتماعية ، ولذا يتغير شكلها ولونها بحسب الظروف ، وتكون لهذا السبب وسائل لتطوير القانون .

إن القانون لا يستطيع أن يؤدي وظيفته التنظيمية بصورة مستمرة ،
إن هو اقتصر على أن يضع في صيغة جامدة كل أوجه العلاقات الاجتماعية
المتعددة الصور والأشكال ، إذ أن هذه الصيغة الجامدة تعجز في الكثير
من الأحوال عن مسايرة الظواهر الاجتماعية المتطورة . لذا يلجأ الشارع
إلى استعمال أفكار مرنة ، مطاطة ، غير محدودة ويترك تحديداتها لتقدير
القاضي . ومن هنا يظل التعاون مستمراً بين الضمير الاجتماعي والقانون
الوضعي عن طريق القاضي الذي يصير بذلك مساعداً للنظام القانوني .

٩٦ - وتحقق ظاهرة مرونة القواعد القانونية بطرق متعددة ،
نذكر منها :

(١) أن الشارع قد يكتفي ببيان اتجاه القاعدة القانونية ، ويترك لتقدير
القاضي تطبيق تلك القاعدة وفقاً للظروف . وتندرج تحت هذه الطريقة
جميع النصوص التي يجوز فيها للقاضي أن يحكم وفقاً للظروف ، ومن أمثلة
هذه الطريقة ما جاء في المادتين ١٥٧ و ١٧٠ مدني .

(ب) وقد يعطي المشرع للقاضي سلطة تكميل أو تعديل ما يكون بين
المتعاقدين من علاقات قانونية . ويدخل في هذه الطريقة النصوص التي
تجيز للقاضي أن يبذل نشاطاً يوفق به بين مصالح الطرفين أو يكمل اتفاقهما
(م ٩٥ ، ١٤٧ ، ١٤٨) أو أن يتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة .
(م ٨٢٨) ، وكذلك النصوص التي يجوز للقاضي بمقتضاها في بعض الأحوال
أن يخفف مقدار التعويض (م ١٩٢ ، ٢٢٤) أو أن يمنح المدين أجلاً
(م ١٥٧ ، ٢٥٥ ، ٢/٢٤٦) .

(ج) وقد يجعل الشارع انطباق القاعدة مترقفاً على وقائع غير محدودة
ومتغيرة ذات قيمة اجتماعية كبرى . والنصوص التي تندرج تحت هذه
الطريقة تبرز أهمية كبرى من حيث القيمة العلمية ، إذ هي تقوم بعملها في

ضوء أفكار مرنة ومطاطة يمكن أن تستجيب في سهولة لجميع ما تتطلبه الحياة الاجتماعية . ومثال هذه الأفكار المرنّة : الأفكار المتعلقة بالتدليس ، والخطأ ، والغش ، وحسن النية ، والنظام العام والآداب ، والعدالة والتعسف في استعمال الحق ، والضرر ، والتعويض المناسب ، وعناية الشخص المعتاد ، إلى غير ذلك من الأفكار التي تحمل إلى نطاق القانون الاتجاهات الاجتماعية والاقتصادية ، وهي أفكار تتطور بسرعة خلال التاريخ كلما تعاقبت الشعوب والمدنيات ، ولذلك يمكن أن يتغير مضمونها أثناء تطبيقها ، ولذا كانت هذه الأفكار بمثابة أعضاء التنفس في القانون الوضعي ، أو الأوعية التي يدخل من طريقها إلى القانون الهواء المشبع بأوكسجين الحياة الحديثة .

٩١ - في كل هذه المبادئ القانونية يصدر المشرع أمره على نحو ما يصدر الأمر على بياض ، ويتولى القاضي بعد ذلك ملء هذا البياض . ومن هنا كانت السلطة التقديرية للقاضي . على أنه يجب ألا نحسب أن سلطة القاضي على هذا النحو تعتبر مصدراً قانونياً من مصادر القانون ، ذلك أن هذه الأفكار غير المحدودة ، والمطاطة التي يحيل عليها القانون هي عناصر واقعية في إرادة الشارع ، هي أجزاء من مضمون هذه الإرادة وليست مظاهر لإرادة خارجية يسبغ عليها القانون فعالية تبعية .

المبحث الرابع

النصوص التي ليس لها مضمون ملزم

٩٢ - قد توجد نصوص وضعية لا تتضمن أى تكليف فلا نكون لها قيمة قانونية . ذلك أنه لما كانت وظيفة المشرع هي فرض تكاليف كان من الطبيعي أنه كلما انحرف المشرع عن هذه الوظيفة فلم يفرض أى تكليف لا يكون لعمله أى طابع ملزم ، إذ يتخلف موضوع التكليف .

٩٣ - (١) ونجد أمثلة لهذه الظاهرة في المدونات القانونية القديمة ،
التي صورت فيها وظيفة المشرع تصوراً ساذجاً بدائياً ، والتي لم يكن الفن
التشريعي فيها متقدماً ، إذ نجد في تلك المدونات اتجاهات وأفكاراً لا تمت
للقانون بصلة ، لأنها لا تضع قواعد سلوك .. مثال ذلك المادة الأولى
من المجله (مجله الأحكام العدلية) حيث جاء : « الفقه علم بالمسائل الشرعية .
والمسائل الفقهية إما أن تتعلق بأمر الآخرة وهى العبادات ، وإما أن
تتعلق بأمر الدنيا ... إلخ » . ومثال ذلك أيضاً ما جاء في بعض التشريعات
الثورية الفرنسية « إن الشعب الفرنسي يقر بوجود كائن ساسى ، ويخلود الروح » .

٩٤ - (ت) وقد تشمل القوانين الوضعية على سرد تاريخى أو حيثيات
بخصوص القاعدة التى ورد النص عليها . هذه المقدمات أو هذه الحيثيات
لا تعتبر جزءاً من النصوص الوضعية ولهذا لا تؤثر فى مضمونها الذى
قد يأتى مختلفاً عن الأسباب التى ورد ذكرها أو مخالفاً لها .

٩٥ - (ج) ثم لا يندر أن يرد فى القوانين الوضعية برامج أو نوايا
أو وعود يديها المشرع . مثال ذلك حالة ما إذا نص المشرع فى قانون ما على
أن هذا القانون لن يلقى أو يعدل قبل مضى فترة معينة ، أو أنه سيصدر
قانون جديد بخصوص موضوع معين . مثال ذلك المادة ٢٩ مدنى التى جاء
فيها : « ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها » . هذه
الوعود بعدم الإلغاء أو بوضع قوانين جديدة هى وعود لاقية لها .
فلا الوعد بعدم الإلغاء يفتىء التزاماً على المشرع ولا الوعد بإصدار قانون ،
ينشئ حقاً للأفراد .

٩٦ - (د) وكذلك يعتبر من قبيل القواعد ذات المضمون غير
الملزوم « الفقهيات » ، التى ترد فى القوانين الحديثة وخاصة القانون الخاص ،
سواء من حيث الاصطلاح أو طريقة عرض النصوص . ذلك أنه قد

يدخل في التقنيات الحديثة ، عن طريق واضع القانون ، أفكار ونظريات فقهية تتخذ شكل تقسيمات أو صيغ أو مبادئ^(١) ، وقد تدعو الحاجة إلى اتباع هذه الطريقة ، كضرورة تنظيم الموضوع ووجوب وضوح العرض والانسجام في التركيب ، إلا أنه ينبغي أن يكون مفهوماً أن كل هذه الوسائل الفقهية ليس لها قوة ملزمة ، إلا إذا تضمنت من قواعد وضعية .

وعلى ذلك فما يرد في التشريع من تبويب الموضوعات وتقسيمها إلى كتب وأبواب وفصول ، وعنونه كل من هذه الفروع بعنوانات مختلفة ، لا يكون ذا قوة ملزمة ، ذلك أن القانون إنما يفعل ذلك لتنظيم عرض الموضوع وتسهيل وضع أجزائه في طوائف ، ولكن لا ينشأ عن هذا واجب سلوكي . وسواء أكان الترتيب موفقاً أو غير موفق فإنه لا يقيد الشارح الذي قد يصل إلى ترتيب آخر من خلال بحثه النصوص القانونية . ذلك أنه قد تكون الخطوة التي اتبناها المشرع غير صحيحة ، فقد توجد قاعدة في مكان غير الذي يجب أن توضع فيه ، وقد يأتي عنوان الباب واسماً أو ضيقاً جداً ، عندئذ لا يكون الشارح ملزماً بهذا الوضع الشكلي للقواعد القانونية ، بل يكون ملزماً بمضمونها فقط .

٩٧ - (٥) وكذا القول فيما يرد في التشريع من تصنيف للأفكار والنظم بقصد توضيحها وتنسيقها ، فهذه التصنيفات لا تكون هي الأخرى ملزمة ، فضلاً عن أنها قد تأتي ناقصة أو خاطئة أو غير مجدية ، إن

(١) وبهذا ينسب للمشرع وظيفته الأولى ، وهي وضع القواعد التكميلية ، ويقوم بدور الفقيه . ويقول كوهلر في هذا المعنى إنه « يجب أن لا يكون التقنين كتاباً لشرح القانون . . . وأن المشرع الذي يتعصب لنفسه وظيفته الفقهية إنما يتدخل عن المكان المخصص له . . . » ، ولو أن هناك من الشراح (هينيل Haenel) من يذهب إلى غير ذلك فيقول إن المشرع يجب عليه أن يضع تعريفات وأن يصل تقسيمات وتصنيفات واستنتاجات منطوية . فإذا أخطأ كانت وظيفته الفقهية تصحيح المشرع عن طريق المشرع نفسه .

التصنيفات من عمل الفقيه لا من عمل المشرع الذي ينحصر واجبه في وضع القواعد ، فليست وظيفة المشرع أن يعمل صيغة فقهية ذات طابع تعليمي أو يعمل تفرقات عليية أو نظريات قانونية ، فتميز النظم بعضها عن بعض وتأصيلها تأصيلاً علياً إنما يكون من عمل الفقه الذي يأتي بعد عمل المشرع ذلك أن وقت عمل نظريات هامة إنما يكون بعد الوصول إلى أعماق القواعد التي وضعها المشرع . ثم إن النظريات القانونية التي تأتي على إسان المشرع فضلاً عن تأثرها بميول فقه العصر وأفكاره ، تكون دائماً متأخرة ، ذلك أنها لا يمكن أن تدخل في حسابها الاتجاهات الجديدة التي قد تغير زاوية النظر إلى تصنيف القواعد القانونية ، لهذا كانت قيمة جميع الصيغ العملية مجرد قيمة نظرية فهي لا تفرض قانوناً ولهذا لا تكون ملزمة . والمفهوم أن الذي يلزم ليس القالب الفقهي الذي يتخذه المبدأ القانوني بل المبدأ القانوني الذي ينطوي عليه ذلك القالب ، لذا كان الفقيه حراً في أن يستخلص القاعدة ويضعها في القالب الذي يراه أسلم في نظره . كذلك إذا نزل المشرع فكرتين مختلفتين منزلة سواء ، أو اعتبر فكرة نوهاً من فكرة أخرى ، أو أورد مبدأ قانونياً يلخص فيه نظاماً قانونياً ، فلا يكون لهذا قوة ملزمة بل يعامل معاملة سائر النظريات العلمية ، فلا يعتد بها إلا بمقدار إتقانها مع الحقيقة والواقع ..

كذلك التعريفات القانونية ، عندما يكون المقصود منها تلخيص نظام قانوني في صيغة نظرية ، لا تكون ملزمة . إلا أنه يلاحظ أن المبادئ القانونية وكذا التعريفات القانونية يمكن أن تكون لكل منها طبيعة أخرى ، بأن تكون في حقيقتها تكاليف تفرض طريقة معينة في مراوالة النشاط القضائي أو تحدد الشروط الجوهرية التي يتوقف على توافرها ترتيب الآثار القانونية لنظام معين ، فتعريف العقد والمحرر الرسمي والرهن الرسمي والارتفاق ، كل أولئك يعطينا في عبارة موجزة شروط تطبيق كل من هذه النظم ومن هنا كانت لها قوة ملزمة .

الفصل الثالث

تقسيمات القانون

٩٨ - لكي تقوم الدولة بوظيفتها يجب أن يكون لديها تنظيم تستطيع به أن تمارس وظائفها القانونية وسائر الوظائف الأخرى . هذا التنظيم تحكم سيره قواعد ومبادئ قانونية . ثم إن علاقات السلطات العامة بعضها ببعض وكذلك علاقاتها بالمواطنين هي كذلك علاقات تحكمها قواعد قانونية . وعلى ذلك لا يقتصر القانون على أن يكون قواعد تنظم سلوك الأفراد في علاقاتهم بعضهم ببعض أى قواعد تنسق نشاط الأفراد في وجودهم بعضهم إلى جانب بعض بل هو أيضاً قواعد تنظيم جماعى ، وبالتالي قواعد تربط وتنسق مختلف الأجزاء التى يتكون منها القانون . من هذه الوظيفة المزوجة التى يضطلع بها القانون نشأ تقسيمه الكبير إلى قانون عام وقانون خاص .

ثم إلى جوار القواعد القانونية (العامة أو الخاصة) التى تطبق فى داخل الدولة توجد قواعد قانونية تنظم العلاقات التى تقوم بين مختلف الدول ، أو بين أشخاص تابعين لدول مختلفة . ومن هنا كان تقسيم القانون إلى قانون داخلى وقانون دولى .

تلك هي أهم تقسيمات القانون الوضعى : تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص ، ثم تقسيمه إلى قانون داخلى وقانون دولى . ونتكلم الآن فى كل من التقسيمين على حدة .

المبحث الأول

القانون العام والقانون الخاص

٩٩ - التقسيم الاساسى للقانون هو تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص . وهذا التقسيم تقليدى . فلقد وجد من قبل فى القانون الرومانى حيث كان القانون العام *jus privatum* هو قانون الدولة فى كل علاقاتها فى حين كان القانون الخاص *jus publicum* هو قانون الأفراد *jus singularum*

ثم جاء وقت توحد فيه القانون . وفى القانون الالمانى القديم كان القانون واحداً ، ويشمل جميع العلاقات دون تمييز بين علاقات الدولة وعلاقات الأفراد . وكانت الدولة متدججة فى شخص الحاكم أو كانت الدولة داخلة تحت سيطرته وتتكون منها ذمته . ثم زالت هذه التمسكة بعد ذلك على أثر الثورة الفرنسية بنوع خاص . فعاد تقسيم القانون إلى عام وخاص مرة أخرى ، وحصل التمييز بين وضعين يمكن أن تتخذهما الدولة ، وضعها وهى تتصرف باعتبارها صاحبة السيادة العامة فتخضع للقانون العام ، ثم وضعها وهى تتصرف باعتبارها فرداً ، فتخضع للقانون الخاص . ذلك أن الدولة تدخل فى علاقات كثيرة بأوضاع مختلفة ، فتارة تتدخل باعتبارها صاحبة السيادة لتحقيق أهداف عامة ، وتارة تتدخل باعتبارها شخصا خاصاً .

هذا التنوع فى نشاط الدولة وتغيرها من نشاط إلى نشاط ، وإمكان تدخل النشاطين أحدهما فى الآخر جعل الحد الفاصل بينهما غير واضح . ومن هنا كانت محاولات الفقه لإيجاد فيصل يميز القانون العام من القانون الخاص .

١٠٠ - معايير التمييز بين القانونين العام والخاص : ثمة معايير كثيرة

في هذا الصدد تقتصر على الكلام في أهمها . ويمكن ردها إلى معايير موضوعية ومعايير شكلية ومعايير شخصية .

١٠١ - (١) المعايير الموضوعية : تتحصل هذه المعايير في أن أساس تمييز القانون العام عن القانون الخاص هو طبيعة المصلحة التي تتكفل كل منهما بحمايتها . ولهذا قيل :

(١) إن القانون العام هو الذي يقوم على حماية المصالح الاجتماعية أو العامة . أما القانون الخاص فهو الذي يقوم على حماية المصالح الفردية أو الخاصة . أى أن أساس هذا المعيار هو مقابلة الدولة بالفرد ، ومن ثم يكون القانون الخاص هو القانون الفردي في حين يكون القانون العام هو قانون الجماعة . ويستعمل بعض الشراح لغة أخف من ذلك فيقول إن قواعد القانون العام تستهدف بصفة أساسية حماية المصلحة العامة ، أما قواعد القانون الخاص فتستهدف بصفة أساسية حماية المصالح الفردية .

إلا أن هذا المعيار غير دقيق ، ذلك أن هدف القانون هو دائماً تحقيق المصلحة العامة ، وليس أبداً حماية المصالح الفردية على حساب مصلحة الجماعة ، فكل القواعد ، ومنها قواعد القانون الخاص ، قد وضعت لخير الجماعة والمصلحة العامة . ففي الوقت الذي تهدف فيه القاعدة إلى حماية المصلحة العامة تعود بالنفع على المصلحة الفردية والعكس أيضاً صحيح . هذا بالإضافة إلى أنه توجد قواعد لتحقيق المصلحة العامة ، وتندرج مع ذلك في القانون الخاص كنظام الزواج ونظام الوصايا . كما أنه توجد قواعد إدارية وبوليسية تتجه أولاً لحماية الحقوق الخاصة للوطنين ، ثم قد يحصل أن يكون التداخل والتشابك بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة من العمق بحيث لا يمكن فصل إحداها عن الأخرى ، إلى حد اضطر بعض الشراح إلى القول بوجود قانون مختلط كقانون المرافعات وقانون العقوبات .

وذهب فريق آخر من الشراح إلى أن يوصل التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص هو في الطبيعة المالية للمصلحة التي يحميها القانون الخاص، والطبيعة غير المالية المتحققة في المصالح التي أعد القانون العام لحمايتها، أي أن القانون الخاص وفقاً لهذا المعيار هو القانون الذي أعد لحماية المصالح المالية في حين يكون القانون العام هو القانون الذي أعد لحماية مصلحة من طبيعة أخرى غير مالية .

إلا أن هذا المعيار ليس دقيقاً من كل وجه ، ذلك أن في القانون المدني توجد علاقات ذات طابع شخصي محض ، كالحق في الاسم ، وحقوق الأسرة ، في حين توجد قواعد قانون عام ذات طابع مالي ، كالضرائب ونزع الملكية للنفعة العامة .

١٠٢ - (٢) المعايير الشكلية : بعد أن أخضعت المعايير الموضوعية اتجاه البحث عن معايير شكلية تقوم على اختلاف وظيفة القواعد القانونية واختلاف مداها .

(١) فذهب رأى إلى أن معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ليس في الهدف الذي يتجه كل منهما إلى تحقيقه ، إذ لا فرق بينهما في هذا الصدد ، لما أن هدف كل منهما هو المصلحة العامة وإنما المعيار في اختلاف طابع قواعد كل من القانونين ، فقواعد القانون العام قواعد مطلقة (أمرة) وقواعد القانون الخاص قواعد نسبية (مكحلة) ، وبذلك يكون حاصل هذا المعيار هو أنه يخلط الفرق بين القانون العام والقانون الخاص بالفرق بين القواعد المطلقة (أو الأمرة) والقواعد النسبية (أو المكحلة) .

غير أنه يرد على هذا المعيار أن قواعد القانون الخاص ليست كلها قواعد مكحلة يمكن أن تحمل عليها قواعد يضعها الطرفان من عندهما ، بل هو يشمل أيضاً عدداً كبيراً من القواعد فرضت فرضاً لا يجوز استبعاده

بالاتفاق على خلافه، كالتقواعد المتعلقة بالأشخاص وقانون الأسرة وقواعد الميراث والحقوق العينية (فلا يجوز إنشاء حقوق عينية زيادة على الحقوق التى أنشأها القانون) ، وجزء كبير من قانون الالتزامات . كما أنه توجد قواعد قانون عام تترك مجالا حراً لإرادة الأفراد كما فى الاتفاق على تغيير الاختصاص المحلى فى قانون المرافعات ، (عند الشراح الذين يعتبرون هذا القانون من فروع القانون العام على ما سنرى) .

١٠٣ - (٢) المعايير الشخصية : مقتضى هذه المعايير أن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص إنما يكون أساسها هو العنصر الشخصى ، أى أشخاص العلاقة فى كل من القانونين .

(١) فيذهب فريق كبير من الشراح إلى أن القانون العام هو قانون الدولة والهيئات العامة الأخرى وأن القانون الخاص هو قانون الأفراد الطبيعيين والاعتباريين .

ولكن يرد على هذا المعيار أن الدولة والهيئات العامة الأخرى عندما تمارس نشاطاً مالياً تخضع للقانون الخاص .

(ب) لذلك رأى فريق آخر من الشراح أن يضبط المعيار الشخصى ، فقال إنه ليست طبيعة الأشخاص هى التى تدل على ما إذا كنا بصدد قانون عام أو قانون خاص وإنما المعيار هو فى الصفة التى تدخل بها الدولة فى العلاقة . فقد تدخل الدولة فى علاقة ما باعتبارها صاحبة السلطة العامة ، وقد تدخل باعتبار آخر تتساوى فيه مع المواطنين فيكون لها نفس حقوقهم وعليها نفس واجباتهم ، فيمكن أن تكون مالكة ودائنة ، ومدينة ، ومتعاقدة ، وطرفاً فى نزاع قضائى الخ .

وبناء على هذا الضبط يكون القانون العام هو القانون الذى ينظم العلاقات

التي تسهم فيها الدولة باعتبارها دولة ، ويكون القانون الخاص هو القانون الذي ينظم علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، كما تنظم على سبيل الاحتمال علاقات الأفراد بالدولة وسائر الهيئات العامة دون نظر إلى صفتهم العامة . وبهذا يدخل في نطاق القانون العام كل القواعد التي تنظم العلاقات التي تتدخل فيها الدولة باعتبارها صاحبة الأمر والنهي وفي هذه الحالة تنسم العلاقة بسمة معينة هو كونها علاقة بين الحاكم والمحكومين ، بين طرف يأمر وآخر ياتمر ، فلا تكون هناك مساواة بين الطرفين بل سيادة من ناحية وخضوع من ناحية أخرى . ويكفي أن تنظر إلى المواطن الذي تفرض عليه الدولة الخدمة العسكرية ، والممول الذي توجب عليه الدولة أن يدفع الضريبة ، والمجرم الذي يساق إلى القاضي (وهو عضو الدولة) الذي سيحاكمه وهم جراً لكي ندرك فوراً إن العلاقة هنا علاقة قانون عام . أما حيث لا يكون وجود السيادة فلا تتطلب الدولة الطاعة من المحكومين في علاقاتها معهم أو لا تستند إلى سلطتها أو تستعملها بل تنزل من عليائها وتدخل في علاقات مع الأفراد على أساس المساواة أمام القانون فتمت قانون خاص .

هذا المعيار هو أقرب المعايير إلى الحقيقة . وطبقاً لهذا المعيار نقول إن القانون العام يشمل القواعد التي تنظم تكوين الدولة (القانون الدستوري ، والقانون الإداري) والوظائف التي تضطلع بها لحماية النظام القانوني سواء بتحريم الاعتمادات الجسيمة التي تقع عليه (القانون الجنائي) أو بتنظيم أشكال الحماية القانونية وطرق تحقيقها (القانون الإجرائي) .

أما ما يتبقى بعد ذلك فيدخل في نطاق القانون الخاص : إذ يدخل فيه بناء على ما تقدم تنظيم العلاقات المالية التي تقوم بين الأشخاص ، سواء أكانوا هيئات عامة أم كانوا أفراداً ، كما يوكل إليه حماية الحقوق المعنوية التي يثبت للأفراد (كالحياة والحرية والشرف) .

١٠٤ - ولقد اختلف في موضع علاقات الأسرة ، أهو القانون العام أم القانون الخاص . فإذا قصرنا كلامنا في هذا على فقه القرن التاسع عشر والفقه المعاصر نقول إنه في القرن التاسع عشر استرعت الأسرة انتباه الفلاسفة والفقهاء ، باعتبارها نظاماً أدبياً اجتماعياً . إذ نجد الفيلسوف كانت Kant يناوئ الاتجاه الذى يستهدف إعطاء الدولة وظيفة حماية الأسرة ، ولهذا ذهب مذهباً فردياً فى قانون الأسرة فاعتبره أحد أجزاء القانون الخاص إلى جوار الأجزاء الأخرى وهى الحقوق العينية وقانون الالتزامات .

وفى عام ١٨٠٣ عندما عالج Thibaut مسألة التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص تبين له تعذر وضع علاقات الأسرة فى القانون الخاص بين الحقوق العينية وحقوق الدائنية ، ولذلك وصفها فيما سماه القانون البوليسى Polizeirecht . وفى عام ١٨٠٧ أبدى Heise شكوكه حول المكان الذى يوضع فيه قانون الأسرة وقانون التركات . وكان مصدر شكوكه أن حقوق السلطة والوصايا التى تمنحها دهورى الاسترداد تتخذ طابعاً مزدوجاً فهى تبدو من الناحية الإجرائية حقوقاً عينية فى حين أنها تبدو من حيث محلها حقوقاً شخصية . ولقد استطاع Kant أن يوفق بين هذين الطابعين ، إذ جعل من علاقات الأسرة طائفة خاصة تقوم إلى جوار الحقوق العينية والحقوق الشخصية وسماها الحقوق الشخصية ذات الطابع العينى persönliche Rechte auf dingliche Art مبرزاً بذلك وجهى هذه العلاقات الأسرية ، والوجه الذى يتصل بالطبيعة الداخلية لهذه الحقوق والوجه الآخر المتعلق بكيفية حمايتها . ولقد سار Heize على النهج الذى رسمه Kant ، فأبقى حقوق الأسرة فى نطاق القانون الخاص واضعاً إياها فى طائفة قائمة برأسها سماها الحقوق العينية الشخصية dinglich-persönliche Rechte . ولقد نهج Thibaut فيما بعد نفس المنهج ، إذ أخرج قانون الأسرة من نطاق القانون البوليسى وأدخله فى نطاق القانون الخاص .

أما سائتي فلم يوافق على نظرية Kant ، فعمل مقارنة بين القانون الخاص ذي الطابع الاقتصادي القانوني وقانون الأسرة ذي الطابع الأدبي ، خرج منها إلى أن « الأسرة ، وفقاً للطريقة التي تكونت بها وعلاقة السلطة التي تكون لبعض أفرادها على بعض والطاعة التي يجب على بعضهم لبعض ، تشابه الدولة شها لا يمكن إغفاله » . « ففي الأسرة يوجد أصل الدولة ، وعندما تكونت الدولة كان عنصرها المباشر هي الأسر لا الأفراد » . ثم انتهى إلى وضع علاقات الأسرة ضمن علاقات القانون العام ، بناء على أن القواعد التي تنظم علاقات الأسرة هي القواعد المطلقة (الأسرة) التي لا يجوز للإرادة الفردية أن تخالفها .

أما Stahl فيرى أن الأسرة ، على كونها نظاماً طبيعياً أخلاقياً وجد قبل القانون ، توضع بين أنظمة القانون الخاص ، لا لأنه أراد أن يغفل الطابع الأخلاقي والديني والسياسي لكثير من القواعد التي تتكون منها الأسرة ، بل لأنه لا يضع في القانون العام إلا النظم التي تكون لها وظيفة وقيمة عالميتين كالدولة والكنيسة .

١٠٥ - وفي الفقه المعاصر ، حيث أصبحت علاقات الأسرة موضع بحث دقيق ، يرى فريق من الشراح أن الأسرة (أ) نظام أساسي ، (ب) لا يكون أساس سلطة الإرادة فيه هو المصلحة الفردية لصاحب تلك السلطة بل مصلحة الأسرة ، باعتبارها مصلحة الدولة (ح) وأنه لا توجد في الأسرة ، علاقات عرضية تكون حرة أصلاً والتزامات احتمالا ، بل توجد مراكز شخصية .

ومن هنا كانت علاقات قانون الأسرة مختلفة في جوهرها عن علاقات القانون الخاص في حين يشتد التشابه بينها وبين علاقات القانون العام . مما يؤدي إلى اعتبار قانون الأسرة في مجموعة قانونا عاما . ويمكن أن نجمل موقف الفقه المعاصر من هذه المسألة فيما يأتي :

١ - القول بوجود شبه من حيث الطابع والتكوين بين علاقات قانون الأسرة وعلاقات القانون العام .

٢ - إعطاء طابع القانون العام للقواعد التي تنظم قانون الأسرة .

٣ - إعطاء قانون الأسرة وضعاً خاصاً وذاتية مستقلة فهو لا يعتبر جزءاً من القانون الخاص وإنما هو نوع من القانون الجماعي *droit social* .

٤ - إنزال قانون الأسرة منزلاً وسطاً بين القانون العام والقانون الخاص .

٥ - المصلحة العامة المرتبطة بالأسرة تبلغ من الأهمية درجة قصوى تتجلى في أن نظام الأسرة تحكم الجزء الغالب منه ، لا بل تحكمه كله قواعد النظام العام التي لا يجوز للإرادة الفردية الاتفاق على مخالفتها .

١٠٦ - على أنه يجب لمعرفة الوجهة الصحيحة في هذه المسألة أن ننظر إليها من الناحية الشكلية والناحية الموضوعية :

(أ) فن الناحية الشكلية ، إذا اعتبرنا الزواج علاقة تعاقدية كان من السهل أن نضع علاقات الأسرة بين علاقات القانون الخاص . ولا كذلك إذا اعتبرنا رضا الطرفين شرطاً لتصرف قانوني خاص يتكون من تعبير الموثق عن إرادته ، أو إذا اعتبرنا الزواج تصرفاً ثلاثياً أو مركباً يتكون من تعبير الطرفين وتعبير الموثق ، وفيه يكون لتعبير هذا الأخير الغلبة على تعبير الآخرين ، فعلى هذا التصور تندرج علاقات الأسرة ضمن علاقات القانون العام .

(ب) ومن الناحية الموضوعية إذا نظرنا إلى الزواج وقت إبرامه فإن طبيعته التعاقدية تؤدي إلى إدخاله ضمن علاقات القانون الخاص ، ولكن هذا لا يمنع من أن العلاقة متى نشأت ولو بناء على العقد تكون لها طبيعة قائمة بذاتها يمكن أن توصف بأنها من علاقات القانون العام .

وأياماً كان الأمر فانه ينبغي إبداء الملاحظتين الآتيتين :

١ - إنه في نظامنا الوضعى لا يكون لتعبير الموثق (المأذون أو من يقوم مقامه من الجهات العامة) عندما يعلن انعقاد العقد واعتباره من الطرفين زوجاً للآخر ، أى طابع منشئ .

٢ - أن الطابع الأدبى الاجتماعى فى الزواج لا يعتبر من الناحية القانونية مظهراً مباشراً لطابع الدولة الأدبى ومحققاً بالتالى لأهداف الدولة .

١٠٧ - ولهذا لا ترى كيف يخرج نظام الأسرة من نطاق القانون الخاص ليدخل فى نطاق القانون العام . إن نظام الأسرة ، مع ما بينه وبين القانون العام من تشابه لا يزال يندرج فى عداد هلاقات القانون الخاص . ومع ما لنظام الأسرة من أهمية من الناحية الاجتماعية لا يعتبر وحدة سياسية والعلاقات التى تنشأ بين أعضاء الأسرة هى علاقات فردية تحت . أما السلطة التى يتمتع بها الأب أو الزوج أو الوصى فسلطة خاصة ذات طبيعة أخلاقية اجتماعية قصارها إمكان تخريك سلطة الدولة عن طريق الالتجاء إلى مساعدة للسلطة القضائية .

وتصدق مثل هذه الاعتبارات على الجماعات الأخرى التى تمثل صورة مصغرة من نظام حياة كل هيئة اجتماعية : حيث يوجد تكوين نموذجى يحدده نظام الجماعة وتنظيمية شبكة من الحقوق والواجبات بين الجماعة وأعضائها وتبين فيه سلطة جماعية تنبعث من المركز متجهة نحو جميع أجزاء المنظمة الجماعية ، قصارى القول أن كلا من الأسرة والجماعات الأخرى تعتبر دولة مصغرة ولكن لا يسوغ هذا أن تكون بحدده قانون عام . بل الأحرى أن يدخل قانون الأسرة وقانون الجماعات فيما يسميه الفقيه الألمانى جيركيه Gierke القانون الجماعى الذى ينظر إلى الفرد لا باعتباره فرداً بل باعتباره عضواً فى الجماعة التى هو جزء منها . إلا أن هذا

القانون الجماعي وفقاً للرأى الحديث لا يدخل فى القانون العام وذلك لأن هذه الوحدات الجماعية ليس لها نصيب من السلطة العامة . إذ السلطة العامة حكراً على الدولة ، وحدها ، أو على الجماعات أو المنشآت التى تمنحها الدولة هذه السلطة العامة . أما خارج هذا النطاق فليس ثمة قانون عام .

١٠٨ - على أن اتساع رقعة القانون الخاص على هذا النحو نجد أن ملاحظه قد تغيرت ، إذ لم يعد مجاله مقصوراً على الأفراد ، فإلى جوار هؤلاء توجه جماعات أو منظمات تسمى سميها لتحقيق أهداف مختلفة ليست ذات طابع خاص فحسب بل هى أيضاً ذات طابع عام .

إن القانون الخاص لا يقتصر على تنظيم علاقات الأفراد الاقتصادية ، وسد حاجاتهم المادية ، بل هو ينظم أيضاً ما يقومون به من نشاط أدبي ، وإنساني ، يستهدف تحقيق مصالح مشتركة . فليس القانون الخاص قانون الأناية الفردية لحسب ، بل هو قانون الغيرية الاجتماعية أيضاً . ولهذا لم يعد صحيحاً ما كان يقال ، فى رأى قديم فج ، من أن القانون الخاص هو قانون الرجل الاقتصادى *homo oeconomicus* الذى لا يهيمه إلا تحقيق مصالحه المادية بأى وسيلة مشروعة ، فهناك أهداف مثالية وجماعية . يمكن الوصول إليها من طريق القانون الخاص ، كما فى الجمعيات التى تشمل لصالح الجماعة وخيرها .

١٠٩ - نذكر هذا التفسير : ثمة اتجاه فقهي حديث يميل إلى إنكار تقسيم القانون الوضعى إلى قانون عام وقانون خاص بحجة أن هذا التقسيم ليست له إلا قيمة تاريخية تقليدية غير ذات مضمون عقلى وعلى . وأن القانون من حيث جوهره واحد سواء أنظرنا إلى المصدر الذى ينحدر منه (السلطة الجماعية) أو إلى الرابطة الداخلية الوثقى التى تربط الأفراد بالجماعة وبالدولة وبالجماعات السياسية التى تعتبر أعضاء فى الدولة . ومن

الذاهبين إلى هذا كيلسن Keisen وديجي Duguit وفقاً لأفكارهما في القانون . فديجي ينكر شخصية الدولة ويطبق القاعدة القانونية على الناس كافة فكان لا بد أن لا يكون لديه فرق جوهري بين قانون عام وقانون خاص . وكذلك كيلسن الذي يذيب الدولة في النظام القانوني ، ويغالي في وحدة القانون إلى حد بسطه بحيث يشمل القواعد التي يعملها الأفراد ، بناء على أن الأفراد أنفسهم يسهمون بتصرفاتهم القانونية في تنمية النظام القانوني . ولهذا لم يعط كيلسن أهمية حقيقية لتقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص .

إلا أن هذا الاتجاه لم يلق تأييداً من جانب سائر الشراح ولهذا ظل التقسيم باقياً . وقد يكون في هذا التقسيم جانب من عدم الدقة والغموض ، غير أن هذا ليس سبباً كافياً في نبذه . إذ التغلب على الصعوبة لا يكون بتجاهلها أو الغض عن قيمتها .

على أنه يجب ألا يصور هذا التقسيم على أنه تقسيم للقانون إلى منطقتين مختلفتين كل منهما عن الأخرى ، توجد بينهما منطقة لا تنتمي لأحد ، إنما يمثلان في الواقع مجالين مختلف كل منهما عن الآخر ولكن حدودهما غير واضحة . ويقرب كل منهما من الآخر بصورة مستمرة .

هذا التقسيم ليس إذن مطلقاً . هو يقوم على غلبة المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة . وقد توجد قواعد تتعادل فيها المصلحتان فيصعب بسبب ذلك وضعها في نطاق القانون العام أو في نطاق القانون الخاص .

ثم إن هذا التقسيم يتغير في الزمان وفقاً للاتجاهات الاجتماعية والسياسية . فرب أمور كانت في وقت ما من أهم المسائل المتعلقة بالمصلحة العامة تعتبر في أوقات أخرى متعلقة بالمصلحة الخاصة (كالدين مثلاً) وأمور كانت تعتبر فيما مضى من مسائل المصلحة الخاصة تعتبر الآن من

صحيح المصلحة العامة كدعة العمل اليومية في عقد العمل^(١).

ثم إنه تقسيم يوجد في بعض النظم والشرائع دون بعض ، إذ يكاد يكون مجهولاً في القوانين الانجلوسكونية^(٢).

ولهذا التقسيم فوق أهميته النظرية أهمية عملية لا يجوز تجاهلها ، منها .

١ - أن السلطات العامة ، التي تنتمي إلى القانون العام ، تتمتع وفقاً لهذا القانون ، بامتيازات عدة ، فيجوز لها أن تتخذ إجراءات من جانب واحد (سواء كانت قوانين أو لوائح أو قرارات تنفيذية تتعلق بحالة معينة) يفرض تنفيذها على المحكومين ، وقد يحصل هذا التنفيذ وفقاً لإجراءات استثنائية إذا اقتضت الحال ذلك كنزع الملكية للمنفعة العامة والاستيلاء المؤقت ، والحق في اقتضاء التنفيذ فوراً رغم ما يقدم من طعون .

٢ - ثم إن الاتفاقات التي تبرمها الإدارة (العقود الإدارية) غالباً ما تتطوى على قواعد لا تخضع للقواعد العامة ، كحق الإدارة في أن توقع بنفسها الجزاءات على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته ، أو في أن تغير شروط العقد مع تعويض المتعاقد معها إن وقع له ضرر بسبب هذا التعديل .

٣ - وتتمتع الأموال العامة وملكية الدولة بنظام حمائي خاص

(١) ويرى فريق من الفراح أن عبارة القانون العام لها معنيان مختلفان : معنى ضيق ومعنى واسع . فيقصد بها في المعنى الضيق كل ما يتصل فقط بتنظيم الدولة وسيرها وحمايتها . أما في معناه الواسع فيشمل أيضاً كل قواعد القانون الخاص التي تظهر فيها للمصلحة العامة (رافا س ١٥) .

إلا أن هذه الطريقة غير دقيقة للدلالة على ما يكون في القانون الخاص من علاقات تكون من الأهمية بحيث تنظفها قواعد مطلقة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها .

(٢) حسن كيرة ، أصول القانون ص ٨١ .

لا تتمتع به أموال الأفراد، كعدم قابليتها للتصرف وعدم جواز اكتساب ملكيتها بالتقادم .

٤ - وفي حين تكون المنازعات المتعلقة بالقانون الخاص من اختصاص المحاكم المدنية تكون المسائل المتعلقة بالقانون العام خاضعة للقضاء الإداري .

٥ - ويشكل القانون العام نظاماً قائماً بذاته مقابلاً للقانون الخاص ، فهو يحاول عند وجود نقص فيه أن يكمل نفسه بنفسه مستخفاً من ذات نفسه المبادئ العامة دون أن يلجئ إلى القانون الخاص .

١١١ - الصورة الحديثة للقانون الخاص : ويتصل بتقسيم القانون إلى عام وخاص مسألة هامة لا شك أنها تؤثر في هذا التقسيم وهي أن القانون الخاص قد طرأت عليه تغييرات عميقة أعطت له صورة حديثة تختلف عن صورته الأولى التي كانت له وقت تقنين نابليون :

لقد أخذ القانون الخاص شكله الرسمي في تقنين نابليون (١٨٠٤) وفي التقنينات الأوروبية التي تلت ذلك التقنين والتي تأثرت به تأثراً كبيراً . وإذا وضع تقنين نابليون في ظل مذهب القانون الطبيعي لا جرم جاء متأثراً بهذا المذهب ، حتى لم يكن القول إن مذهب القانون الطبيعي قد صار تقنيته بوضع تقنين نابليون . في هذا التقنين صور القانون الخاص على أنه قانون الفرد ، وحامى الحقوق الأساسية التي يترف بها النظام القانوني للفرد والتي ثبتت له وفقاً لمبادئ القانون الطبيعي (١) .

وكان يقسم القانون الخاص وقتئذ بسمتين : سمة دستورية وسمة فردية

(١) ولقد تجلى هذا الوضع واضحاً في المادة الأولى من مرسوم الجمعية للجمعية الفرنسية لاذ جاء فيها « يوجد قانون عالمي . لا يتغير ، مصدر القوانين الوضعية جميعها ، هو العقل الطبيعي الذي يحكم الناس كافة » .

أما سمته الدستورية فتتجلى في أنه كان يعتبر منوىً لجميع القواعد التي تكفل حماية الأفراد في مواجهة الحاكم . أما سمته الفردية فتتجلى في أن الفرد كان محور اهتمام المشرع ، فلم تكن وظيفة القانون الخاص هي تنظيم نشاط الجماعة الاقتصادية بل تنظيم نشاط الأفراد داخل الجماعة . وكان الفرد ينظر إليه ، لا على أنه خاضع لسلطان الدولة ، بل على أنه صاحب السلطة الطبيعي الذي يتعين على الدولة أن تحميه . وكان المقصود بالفرد الشخص الطبيعي لا الشخص المعنوي^(١) .

وبناء على نظرية الحرية الاقتصادية التي كانت سائدة في ذلك الوقت كانت تقتصر وظيفة الدولة على أن تكفل الحرية والمساواة بين الأفراد . وأن تحميلهم بقواعد بوليسية . فكانت بمثابة المراقب لما ينشأ بين الأفراد من تنافس ، والحكم عند تعارض مصالح الأفراد ، تاركة المصلحة الاجتماعية لسير القواعد الاقتصادية الطبيعي التلقائي ونشاط الأفراد الحر .

وكان الحق الأساسي للفرد والذي يراد حمايته هو حق الحرية . وكانت حماية هذا الحق تتأدى أساساً بوسيلتين كانتا محوري التقنيات الأوروبية ، وهما نظام الملكية ونظام العقد . وصورت الملكية عندئذ على أنها الحق المطلق في الانتفاع بالشيء والتصرف فيه (م ٤٤٤ مدني فرنسي) كما صور العقد على أنه قانون المتعاقدين (م ١١٣٤ مدني فرنسي) .

أما ما كان يمكن أن يرد من قيود على الملكية أو العقد فكان يقصد به جعل التعايش الاجتماعي ممكناً . فكان يقال إن حق الملكية نقيده القوانين والوائح (م ٤٤٤ مدني فرنسي) وإن العقد لا يكون له أثر إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب .

(١) أما الجماعات ، باستثناء الأمرة ، فكانت تنظر الدولة إليها نظره المستريب ولهذا كانت تخضعها لأشكال ترخيصية خاصة ، غير واثقة من أي اعتراف بسلطة لأخص غير الشخص الطبيعي
ي الفرد .

ونلس نفس الانجاء في تصوير الفقه الألماني للحق (على أنه سلطة الإرادة) وللتصرف القانوني (على أنه التعبير عن إرادة للوصول إلى أهداف يحميها القانون). وكان تقنين فكرة التصرف القانوني في المجموعة المدنية الألمانية هو نهاية هذه الطريقة التشريعية التي كانت تجعل محرقوا القانون الخاص هي حماية الشخص الفرد.

ولقد كانت المقابلة بين الفرد والدولة ، بين مصالح الفرد ومصالح الدولة هي التي وضعت الحدود بين القانون العام والقانون الخاص في عبارات بسيطة : إذ كان يعتبر القانون الخاص هو القانون الذي يتعلق بالأفراد ليقرر لهم حق الحرية الطبيعي وليحمي هذا الحق بوسيلتين : الحق (وخاصة حق الملكية) ، والتصرف القانوني (ونموذجه العقد) ، واضعاً لذلك قواعد يمكن في الأصل الاتفاق على مخالفتها . في حين كان يعتبر القانون العام القانون الذي يتعلق بالدولة ليكفل تنظيمها وسيرها بوسائل ذات طابع عام تتجلى فيها سلطة الأمر (كالتشريع والقرار الإداري والحكم) باعتبارها قواعد مطلقة (آمرة) لا يجوز لإرادة الأفراد الاتفاق على خلافها .

هذه التفرقة القائمة على أساس طبيعة الأشخاص والمصالح والوسائل التي تتأدى بها حماية تلك المصالح كانت تبدو مرضية . فكان الفرق بين القانون الخاص والقانون العام يبدو واضحاً سواء من الناحية الوظيفية (حماية مصالح الأفراد من ناحية وحماية مصالح الدولة من ناحية أخرى) أو من الناحية الموضوعية الحقوق والتصرف القانوني من ناحية ، وأعمال السلطة من ناحية أخرى .

١١٢ - إلا أنه منذ بداية القرن التاسع عشر إلى يومنا هذا أصاب النظام الاقتصادي الاجتماعي تغيرات عميقة ، كما أصاب النظام القانوني تغيرات كبيرة على أثر تدخل الدولة المتزايد في الحياة الاقتصادية للأفراد

وهذا هو ما يعبر عنه الشراح الفرنسيون في جارتين لكل منها دلالتها الواضحة : الأولى هي عبارة *publication du droit privé* أى طبعان القانون العام على القانون الخاص ، الثانية هي عبارة *sozialisation du droit privé* أى صبح القانون الخاص بصبغة جماعية . وعلى أثر هذه التغييرات الجذرية في القانون الخاص فقد هذا القانون طابعة الدستوري وطابعه الفردي .

أما أنه فقد طابعه الدستوري فلأن حماية الحقوق الأساسية للأفراد والتي كانت في القرن التاسع عشر هي الهدف الأساسي لتقنينات القانون الخاص أصبحت الآن هي وظيفة القانون العام بصفة عامة والقانون الدستوري بصفة خاصة . على هذا النحو سلب من القانون الخاص طابعه الدستوري فلم يعد ذلك القانون الذى يعترف للفرد بحقوقه الأساسية ويتولى حماية هذه الحقوق ، بل آل أمره إلى أن يكون القانون الذى ينظم علاقات الأفراد والنشاط الفردي للمواطنين .

أما أنه فقد طابعه الفردي فلأن التغييرات التى حصلت في الجماعة وفي الحياة الاقتصادية قد أزلت تدريجياً بالفرد حتى في نطاق القانون الخاص الذى كان فيما مضى يعد مقلد المنيع (١) .

(١) وكلا التغييرين اللذين أصابا القانون الخاص كانا نتيجة تطور بدأ منذ القرن الثامن عشر اشتركت فيه عوامل عدة نجملها فيما يأتي :

(أ) نشوء الفكرة الحديثة للدولة التى أخذت تضطلع تدريجياً بمدة وظائف وخدمات كانت من قبل متروكة للبادرة الفردية أو للمنشآت الخاصة . ويقابل هذا التطور الأفكار الفلسفية التى ظهرت في ذلك الوقت .

(ب) اضطراب تدهور فكرة الحق من سلطة إرادية إلى مصلحة يحميها القانون إلى عبارات تدمج الحق في القانون ، بل إلى اتجاهات تنكر فكرة الحق ذاتها . والتصرف القانوني ذاته الذى كان فيما مضى مقلد الإرادة الشاخص تسربت إليه القواعد الآمرة .

(ج) مقتضيات الصناعة الكبرى اضطرت الفرد إلى الخروج من عزلته — التى كان يحميها إليه فيما مضى إقباله على الزراعة — فاشترك مع غيره فنشأت للشروعات الكبيرة . في شكل شركات ، وهذه تحالفت في شكل كارتييل وترست الخ .

ولقد أدت هذه التغييرات إلى تحول حاسم في حياة القانون الخاص الذى لم يعد يقدر تقدير شخصياً بل موضوعياً أو بالأحرى مضمونياً . فبعد أن كان مضمون القانون الخاص هو حماية النشاط الفردى في مواجهة الحاكم أصبح مضمونه اليوم مجموعة من القواعد التى يقصد بها تنظيم بعض نواحي نشاط الحياة الاجتماعية . هذا المعنى المضمونى أتاح الدخول في نطاق القانون الخاص لقوى اقتصادية جديدة مكونة من أشخاص عامة بل ومن الدولة . تعتبر المناهض للفرد .

وقصارى القول أن القانون الخاص الذى كان فيما مضى القلعة الحصينة لنشاط الفرد والحامى له في المجال الاقتصادى ، فقد تلك الملامح التى أضفتها عليه فلسفة القانون الطبيعى واتخذ مضموناً آخر فأصبح يتكون من مجموعة من القواعد والمبادئ التى تنظم نشاط الأفراد والجماعات ، فقد بذلك كل معنى ينطوى على وضع معين للفرد في الجماعة (١) .

ومنذئذ أصبح مركز الأفراد والجماعات وحمايتهم داخل الدولة موكولا لوسائل تخرج عن نطاق القانون الخاص وتنتمى إلى القانون العام .

(د) الملكية باعتبارها مجموعة سلطات ومسئوليات لم تمتد توائم المشروعات ما كبر منها وما صغر ، فحدث انفصال بين ملكية الشروع والمبادرة الاقتصادية ، بين ملكية الأسهم ورقابة الشركة . واختفى رواد الصناعة الذين كانوا ملاكا للمشروعات وأصبحت هذه تدار بواسطة موظفين أو مديريين managers .

(هـ) كذلك المقد ، وكان المحور الثانى الذى كان يقوم عليه نظام القانون الخاص في ذلك الوقت ، تغير تغيراً عميقاً على أثر عوامل متعددة نذكر منها على سبيل المثال إنتاج الأموال والخدمات على نطاق كبير ، التماقد الجماعى في علاقات العمل ، نشوء الاحتكارات الفعلية في مجال الإنتاج الخ .

(١) ولقد شمرت بعض الدكتاتوريات أن في صفة « الحاس » المقرونة بالقانون تحدياً للدولة ، فنادت بالغانة (حدث ذلك في عهد هتلر) .

١١٤ - هذا التطور ، الذى أقعد القانون الخاص كل طابع دستورى وكل معنى فردى أو شخصى ، ربما كان هو أساس أزمة الثور على معايير التمييز بين هذين الفرعين من القانون ، أى بين القانون العام والقانون الخاص ، حتى لقد ذهب بعض الشراح إلى إنكار هذا التقسيم الأساسى . ولقد تجلّى طغيان القانون العام على القانون الخاص بصورة واضحة عندما إزداد إلحاح القيود التى أوردتها الدولة على الحرية الاقتصادية . ولقد علت صحاحات الفرع الأولى من جانب شراح القانون الخاص فى هذا الصدد بمناسبة القيود التى أدخلت أثناء الحرب العالمية الأولى واضطراد زيادة القيود الواردة على المبادرة الاقتصادية الفردية ، واضطلاع الدولة بدور المنظم الأعلى للقوى الاقتصادية فظهرت عبارة *publicisation du droit privé* أى صبح القانون الخاص بطابع القانون العام وعبارة *socialisation du droit privé* أى صبح القانون الخاص بطابع جماعى ، وبدأ الكلام فى الوظيفة الاجتماعية للحق وخاصة حق الملكية . ولم يكن استعمال هاتين العبارتين من وحي النظريات الفلسفية بل كانت بالآحرى نتيجة مشاهدة تدخل الدولة المتزايد من مجال الاقتصاد (١) .

ويقصد بهاتين العبارتين أن المجال الاقتصادى الذى كان للإرادة الفردية فى تقنينات القرن الثامن عشر قد غزته السلطات العامة (٢) . مما يفسح المجال للمرحلة الراهنة للقانون الخاص بالمقابلة لحالته التى كان عليها فى تقنينات

(١) ولو أنه ظهرت أحياناً نظريات من وحي التفكير الفلسفى ، مثال ذلك نظرية الوظيفة الاجتماعية للحق ، التى ترجع أبوتها إلى الفقيه الفرنسى ديجى ، فى كتابه :

Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon, Paris 1912.

(٢) وبذلك يمكن أن يقال إن القانون الخاص «المطبوع بطابع القانون العام»

«نؤ» «المطبوع بالطابع الجماعى» *socialisé* ينزل من القانون الخاص القديم الحال من هذين الطائفتين منزلة الاقتصاد «الموجه» *dirigé* من الاقتصاد الحر .

القرن الماضي . هما يصفان مرحلة جديدة ليست انتقالية ، إذ الواقع أن عصر سيادة القانون الخاص قد انقضى . هما يدلان ، وخاصة أولاهما ، على أن الحدود بين القانون العام والقانون الخاص قد طمسَتْ وأن صلاحية القانون الخاص في الوقت الحاضر قد أصبحت محل شك . لهذا أصبح من اللازم فحص نطاق القانون الخاص حتى يمكن معرفة معناه الحديث والوقوف على حدوده الحالية ، على أن يكون من المتعين في هذا الفحص أن توضع في إطار التغييرات التي أصابت القانون الخاص ، سواء بفقده معناه الدستوري أو بزوال معناه الفردي ، التغييرات التي نشأت من تدخل السلطات العامة في مجال الاقتصاد . بهذه الطريقة فقط يمكن التعرف على الصورة الحديثة للقانون الخاص ، المرآة الحقيقية التي تقرأى فيها المرحلة الاقتصادية والاجتماعية الراهنة . أما إذا اقتصر الأمر على مجرد الاعتداد بالتعديلات الخارجية الناشئة من تدخل السلطات العامة فعدت تكون صورة القانون الخاص صورة غير حقيقية ويكون حاصل المسألة هو مجرد تركيب بعض عناصر خارجية في النسيج القديم لذلك القانون .

١١٥ - اتساع مجال القانون الخاص : على أن القانون الخاص قد اكتسب ملامح جديدة نتيجة لما تقوم به الإدارة العامة من نشاط يلتزم إلى القانون الخاص . ولقد ترتب على هذا اتساع نطاق القانون الخاص . وساعد على هذه الظاهرة تكاثر المؤسسات العامة التي تبدو وظائفها مختلفة عن وظائف الدولة ، وتكون شبيهة بالمشروعات الفردية . ويدل هذا على أن وسائل القانون الخاص التقليدية (الحق ، والتصرف القانوني ، والملكية) لا تتعارض مع مقتضيات المصلحة العامة ، بل غالباً ما تفضلها الإدارة العامة في إدارة الأموال التي تنتمي إليها . ذلك أن الإدارة العامة في انتفاعها بأموالها الاقتصادية وإدارة تلك الأموال ، سواء ما كان لها بصفة أصلية أو آل إليها

بطريق نزع الملكية ، تجرى وسائل القانون الخاص ، ظاهرة بمظهر صاحب الحق لا بمظهر صاحب السلطة العامة وتعارض نشاطها عن طريق التصرف القانوني لا عن طريق أعمال السلطة . إن السلطة العامة التي تكون للإدارة إنما تنتهى في الوقت التي تحصل فيه على بعض الأموال أو تحتفظ لنفسها ببعض المشروعات أو تقصر على نفسها القيام بنشاط معين . ولكن بعد ذلك تتجرد الدولة من سلطاتها وتكون على قدم المساواة مع الأفراد . هذا هو ما يسمى النشاط الخاص للإدارة العامة . هنا تكون الأهداف التي يراد الوصول إليها أهدافاً عامة وذلك لأن الشخص الذي يزاول النشاط ، وهو شخص عام ، لا يستطيع أن يسعى إلا إلى تحقيق أهداف عامة . أما الوسائل القانونية المستعملة (الحق ، التصرف القانوني) فيمكن استعمالها لتحقيق أهداف قد تكون عامة أو تكون خاصة .

على أن أخص ب مجال تتحقق فيه ظاهرة النشاط الخاص للإدارة العامة هو النشاط التجاري التي تزاوله الدولة إذ نشهد في هذا الصدد تزايداً مضطرباً فن عدد قليل من المشروعات التي تديرها الدولة بأساليب عامة بحث ، إلى عدد متزايد من المشروعات التي تديرها الدولة وأشخاصها العامة بوسائل تنتمي إلى القانون الخاص ، إلى مؤسسات عامة تقتصر وظيفتها على ممارسة نشاط تجاري أو صناعي أو زراعي أو تعاوني ، إلى مساهمة الدولة في شركات الأموال . وفي هذه الحالة الأخيرة لا تقتصر الدولة على استعمال وسائل القانون الخاص بل أنها تظهر من الناحية الشخصية بمظهر صاحب الحق (في معنى القانون الخاص) ذلك أن مساهمة الدولة في شركات الأموال أياً كان مقدار هذه المساهمة لا يخضع للصفة العامة على الشركة . بل تظل الشركة ذات طابع خاص فيما يتعلق بتنظيمها وسيرها .

١١٦ - النتيجة من كل ما تقدم أنه ترتب على التغييرات التي طرأت على القانون الخاص أن تكونت لهذا القانون صورة جديدة نواتم الحياة

الاجتماعية والاقتصادية الحديثة ، وتختلف بالتالى عن الصورة التى كانت له فى القرن الثامن عشر .

وعلى ذلك فاصطباح القانون الخاص فى صورته الحديثة بصيغة القانون العام وبالصيغة الاجتماعية ليس مجرد اضافة إلى المذهب القديم الذى صار تقنينه بل هو علامة دالة على نشوء نظام إن لم تنقطع صلاته بالنظام السابق فقد اكتسب بكل تأكيد ذاتية مستقلة بارزة . ثم يلاحظ من ناحية أخرى أن القانون الخاص لم يفقد بمجمله البتة بل لقد اكتسب مجالات جديدة عندما فرض استعمال وسائله على النشاط الاقتصادى للدولة والأشخاص للعامة الأخرى .

١١٧ - وكما ينقسم القانون إلى عام وخاص ينقسم كل من هذين القسمين إلى فروع . وعلى ذلك نتكلم أولاً فى فروع القانون العام ثم فى فروع القانون الخاص .

الفروع الأولى

فروع القانون العام

١١٨ - يقسم الفقه القانون العام إلى فروع بعضها مسلم والآخر مختلف عليه . فمن الفروع المسلم اتباعها إلى القانون العام القانون الدستورى والقانون الإدارى . أما المختلف عليه فهو القانون الجنائى وقانون الإجراءات المدنية والجنائية والقانون المالى .

١١٩ - القانون الدستورى : وقد أتته هذه التسمية من أن قواعده الأساسية يشتمل عليها دستور مكتوب أو غير مكتوب . وهو يشتمل

على القواعد القانونية التي تبين الأسس التي تقوم عليها الدولة ، فيعالج نظام الدولة من حيث شكلها وسلطانها (التشريعية والتنفيذية والقضائية) ووظيفة كل سلطة ، كما يحدد مدى إسهام الأفراد في تنظيم هذه السلطات (حق الاقتراع) وهو ما يمس الحقوق السياسية وكذلك يبين الحريات السياسية كحرية الرأي وحرية الصحافة وحرية الاجتماع ، كما يبين الواجبات العامة كواجب الدفاع عن الوطن وواجب أداء الضرائب والتكاليف العامة .

والقانون الدستوري هو أكثر من مجرد فرع من فروع القانون العام ، إنه الجزء الرئيسي في ذلك القانون .

١٢٠ — القانون الإداري : وهو أوسع أجزاء القانون العام . وهو يعالج مواضيع ترتبط ارتباطاً شديداً بمواضيع القانون الدستوري . وهو لذلك يعتبر امتداداً للقانون الدستوري في جزئه المتعلق بالوظيفة التنفيذية . ولعله لهذا ذهب فريق من الفقهاء الألمان ، وخاصة في القرن الماضي ، إلى دراسة القانون الدستوري مع القانون الإداري في كتاب واحد يحمل اسم « قانون الدولة » (Staatdsrecht) . إلا أن الفقه اللاتيني والمصري يدرسان القانونين كلاهما على حدة .

ويدخل في اختصاص القانون الإداري : (١) تنظيم الإدارة من حيث بيان وظائف أعضاء الدولة التنفيذيين وسلطانهم وبيان تقسيمات الأقاليم والسكان ، (٢) تنفيذ القوانين (٣) تنظيم الشرطة (٤) تنظيم المرافق العامة (٥) تنظيم الأموال التي تتكون منها ذمة الدولة والأشخاص العامة الأخرى (٦) تنظيم علاقات الدولة بالأشخاص العامة الأخرى التي تتمتع باستقلال جزئي في مواجهة الدولة لما يكون لها من مصالح خاصة تبرر هذا الاستقلال . على أنه يلاحظ أن الدولة بما ، تضطلع به من تحقيق النفع العام للشعب ، تمارس رقابة إدارية على هذه الأشخاص .

١٢١ — القانون الجنائي : ويشمل مجموعة القواعد القانونية التي تبين الأفعال المحرمة وتحدد العقوبة على مقارنة هذه الأفعال . ولقد اختلف الشراح في مكان هذا القانون :

فذهب رأى الى أنه ينتمى إلى القانون الخاص ، لما أن الجزء الأكبر من نصوص هذا القانون يتناول تحريم الاعتداءات التي تقع على حقوق الأفراد ومصالحهم . في حين يرى آخرون أنه جزء من القانون العام بناء على أن القانون الجنائي تسوده فكرة الدفاع عن الجماعة وأن الدولة هي وجدها التي تملك توقيع العقاب .

ويذهب رأى ثالث إلى اعتبار القانون الجنائي من قبيل القوانين المختلطة التي تدل بنسب إلى كل من القانون العام والقانون الخاص . ويحتج أنصار هذا الرأي بأن القانون الجنائي مع تعلقه بسلطة الدولة التي تتولى العقاب لا يجوز قصره على القانون العام وحده ، فهو لا ينصب على طائفة معينة من العلاقات الاجتماعية ولا يتصل بنوع معين من فروع القانون على وجه خاص ، وإنما هو يكفل ، عن طريق العقوبة احترام قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام ، وأن المجموعة الجنائية كما تحرم الأفعال التي تعتبر اعتداء على الجماعة وتعاقب عليها تحرم الأفعال التي تعتبر اعتداء على الأفراد وتعاقب عليها . ثم إن الجريمة ليست أمراً مقصوراً على الجماعة في علاقتها بالجرم ، فهناك الجني عليه الذي يتمتع في هذا الصدد بميزات هامة تصل إلى حد تمكينه من تحريك الدعوى العمومية من طريق إقامة نفسه مدعياً بالحق بالمدنى . لذلك يخلص أنصار هذا الرأي إلى اعتبار القانون الجنائي من قبيل القوانين المختلطة أو من قبيل القوانين المساعدة التي تستهدف تنفيذ القانون عامه وخاصه .

والذي نختاره هو اعتبار القانون الجنائي من فروع القانون العام وذلك

لأن الجريمة تعتبر دائماً اعتداء على مصلحة اجتماعية وعامة هي مصلحة الدولة فكل جريمة وإن كانت اعتداءً مباشراً على مصلحة فردية فإنها تضر دائماً بمصلحة عامة لمجرد أنها تخالف أمراً أو نهياً نص عليه القانون الجنائي ، أى مصلحة الدولة في حماية الفرد أو الجماعة محل الاعتداء . وأخيراً فإن الدولة وهي تعتبر طرفاً في العلاقة الناشئة من الجريمة إنما تتدخل باعتبارها صاحب سلطة تامة وتطاع وقد رأينا أن هذا هو معيار اعتبار القاعدة القانونية من قواعد القانون العام .

١٢٢ - القانون الإجرائي : وهو نوعان : قانون الاجراءات الجنائية وقانون الاجراءات المدنية . وسمى بالقانون الاجرائي . لما أنه ينظم سير الدعاوى أمام القضاء عند مخالفة قاعدة قانونية والمطالبة أمام القضاء بالجزاء على هذه المخالفة .

ويذهب رأى الى اعتبار القانون الاجرائي بنوعيه من قبيل القوانين المختلطة . ويحتج أنصار هذا الرأى ، بالنسبة لقانون الاجراءات الجنائي ، بما احتجوا به لاعتبار القانون الجنائي من قبيل القوانين المختلطة . أما بالنسبة لقانون الاجراءات المدنية (واسمه غير الدقيق قانون المرافعات المدنية) فيقول أنصار هذا الرأى إن الوظيفة القضائية ، وهي بطبيعتها من القانون العام ، تتصل كذلك بالقانون الخاص ، لما أن الغاية التي تستهدفها الدعوى والحكم المدني هو إعمال القانون المدني .

والذي نختاره هو اعتبار القانون الاجرائي بنوعيه من فروع القانون العام اذ هو يمثل أعلى وظيفة في الدولة وهي إدارة العدالة . هو كالقانون الاداري : فكما أن مضمون القانون الإداري هو التنظيم الإداري فكذلك القانون الاجرائي مضمونه التنظيم القضائي .

ويلاحظ أنه إلى جوار القانون الاجرائي العادي توجد قوانين إجرائية

أخرى كالقانون الإدارى. والفقهاء في معظمه يعالج هذا النوع الأخير وهو بصدد الكلام في فرع القانون المتعلق به وهو القانون الإدارى .

١٢٣ - التشريع المالى : وهو ينظم نفقات الدولة والأشخاص العامة الأخرى وإيراداتها ولهذا كان من فروع القانون العام . إلا أنه بالنظر الى ما للمسائل المالية من أهمية كبرى وطابع فنى بارز اكتسب التشريع المالى ذاته مستقلة واتسعت رحابه اتساعاً كبيراً بحيث أصبح يشكل نظاماً قانونياً قائماً بذاته يميل بعض الفقهاء الى سلخه من القانون العام ليجعله موضع دراسة قائمة بذاتها في كليات الحقوق .

الفرع الثانى

فروع القانون الخاص

١٢٤ - القانون المدنى : أول فروع القانون الخاص وأهمها هو القانون المدنى ، بل لقد استعملت عبارة القانون المدنى كمرادف للقانون الخاص . ويضم القانون المدنى القواعد القانونية التى تنظم علاقات الحياة العادية بين الأفراد .

والأصل أن يشمل القانون المدنى القواعد التى تتعلق بحقوق الشخص وواجباته بوصفه هذا أى باعتباره فرداً منح الشخصية القانونية (قانون الأشخاص) والقواعد التى تتعلق بالشخص بوصفه عضواً فى أسرة (قانون الأسرة) والقواعد التى تنظم مركز الفرد بالنسبة للأشياء (قانون الأشياء) والقواعد التى تنظم علاقات التداول (قانون الالتزامات) والقواعد التى تنظم مصير ذمة الشخص بعد موته (قانون الموارث) .

إلا أنه يلاحظ أن قانون الأسرة وقانون الموارث ينتبيان فى مصر لقوانين أخرى هى قوانين الأحوال الشخصية . ولذا يقتصر القانون المدنى

المصرى على القواعد التى تتعلق بحقوق الشخص وواجباته باعتباره شخصاً
وقانون الالتزامات وقانون الأشياء .

والقانون المدنى يعتبر أهم فروع القانون عامة ، بل هو يعتبر الشريعة
العامة فى القانون الخاص ، بمعنى أن قواعده يجب أن تنطبق كلها لم يوجد
حكم مخالف فى فرع آخر من فروع القانون الخاص . ويعتبر القانون
التجارى قانوناً استثنائياً بالنسبة الى القانون المدنى ، إذ هو يتضمن مجموعة
من القواعد التى تشذ عن القانون المدنى . ولذا إذا لم يوجد نص فى القانون
التجارى طبقت قواعد القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة .

والقانون المدنى يتوجه الى الناس كافة دون تمييز بين شخص وآخر .
وهو يحكم حياة الفرد اليومية ، وهو أكثر القوانين اكتسالا بالنظر إلى قدمه
وأهميته . ولقد كان النموذجاً لسائر فروع القانون الخاص بل وللقانون العام
نفسه ، الذى بدأ فى تنظيم أحكامه على نمط القانون المدنى فاستعار جانباً من
القواعد الفنية فى ذلك القانون ثم استقل بعد ذلك بنفسه وأخذ يصوغ لنفسه
قواعد فنية خاصة به .

١٢٥ - القانون التجارى : وكذلك يعتبر القانون التجارى من فروع
القانون الخاص . ولقد كان فى أول الأمر جزءاً من القانون المدنى ثم
انسلخ منه وأصبح يشكل قانوناً قائماً بذاته . ولو أن هناك من التقنيات
الحديثة ما ألغى مجموعة القانون التجارى وادمج موضوعاتها فى مجموعة
القانون المدنى (التقنين المدنى الإيطالى الجديد ١٩٤٢) .

ومهما يكن من شئ فإن القانون التجارى هو القانون الذى ينظم بصورة
خاصة ، من بين علاقات الحياة الفردية ، تلك العلاقات التى تنشأ من تداول
الأموال والخدمات التى يقوم بها الأفراد على وجه الاحتراف ، ولهذا فإن

القانون التجارى يتصل على وجه الخصوص بقانون الالتزامات المدنية لا يميزها منه إلا طابع الاحتراف الذى يسود تداول الاموال والخدمات .

والقانون التجارى شعب عدة فهناك قانون التجارة البحرى وهو يتعلق بالنقل البحرى ، والعقود الخاصة بالاشياء التى تنقل بطريق البحر . وهناك قانون التجارة البرى ويشمل التجار والاعمال التجارية والمحل التجارى والشركات التجارية والعقود التجارية والاوراق التجارية (وهى صور خاصة من الحقوق) ، والإفلاس (وهو نظام خاص بالتجار الذين يتوقفون عن دفع ديونهم) ، ونظم كثيرة أخرى خاصة بالتجار كنظام السجل التجارى . وهناك قانون التجارة الجوى وهو يتعلق بالنقل بطريق الجو .

١٢٦ - قانون العمل : ويشمل القواعد القانونية التى تحكم علاقات العمال بأرباب الأعمال . وهو يتصل بالقانون الخاص من ناحية عقد العمل الفردى حيث تجمد علاقات العمل تنظيمها العام فى تلك الشريعة العامة (القانون الخاص) كلما لم يرد تنظيم خاص فى قانون العمل .

المبحث الثانى

القانون الداخلى والقانون الدولى

١٢٧ - إلى جوار القواعد القانونية (العامة والخاصة) التى تطبق داخل الدولة توجد قواعد قانونية تنظم العلاقات التى تنشأ بين الدول المختلفة ، أو بين أشخاص تابعين لدول مختلفة . ومن هنا كان تقسيم القانون إلى قانون داخلى وقانون دولى .

فالقانون الداخلى هو مجموعة القواعد التى تطبق داخل الدولة . وقد يكون القانون الداخلى موحداً ، فيسرى على جميع سكان الدولة ، وهذا هو

المالوف . إلا أن الأمر لا يكون دائماً كذلك : ففي الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً يوجد قانون فيديرالى وإلى جواره قوانين خاصة بكل ولاية .

أما القانون الدولى فيتكون من القواعد التى تمثل حياة الدولة ، من الناحية الخارجية ، فى علاقاتها بالدول الأخرى ، سواء فيما يتعلق بالدول باعتبارها هيئات صاحبة سيادة ومن أشخاص القانون العام ، أو فيما يتعلق بمواطنى الدول المختلفة أو بالدول نفسها عندما تمارس نشاطاً باعتبارها أشخاص قانون خاص .

ومن هنا كان تقسيم القانون الدولى إلى قانون دولى عام وقانون دولى خاص .

١٢٨ - القانون الدولى العام : وهو يتكون من مجموعة القواعد القانونية التى تنظم علاقات الدول بعضها ببعض باعتبارها أشخاص قانون عام أى بوصفها سلطات سياسية ، وذلك فى وقت السلم ووقت الحرب والحياة . ويتميز هذا القانون بخواص معينة ، منها :

١ - أن قواعده ليست من وضع سلطة تشريعية عليا على نحو ما هو حاصل فى القانون الداخلى ، وإنما نشأت تلك القواعد من العرف الدولى ومن المعاهدات الدولية .

٢ - أن قواعده تتعلق بالدول باعتبارها سلطات صاحبة سيادة ، فلا تعلق لها بمواطنى الدول ، ولا بالدول نفسها باعتبارها أشخاص قانون خاص .

٣ - أن الجزاء الذى يتحرك عند مخالفة قواعد هذا القانون ليس فى درجة فاعلية الجزاء الذى يطبق عند مخالفة قواعد القانون الداخلى^(١) ، ثم إنه جزاء ذاتى توقيعه الدولة المعتدى عليها وليس جزاء خارجياً توقيعه سلطة عليا كما هو الحال عند مخالفة قواعد القانون الداخلى .

(١) راجع ص ٢٩ و ٣٠ من هذه المذكرات .

٤ - أن قواعد هذا القانون نوعان ، قواعد سلم وقواعد حرب وحياد:
فالقواعد الأولى تبين الشروط التي يجب توافرها لوجود الدولة ، أي
اكتسابها الشخصية الدولية ، كما تبين نوع كل دولة من حيث كونها تامة
السيادة أو ناقصة ، وتحدد حقوق الدول وواجباتها وأحوال المسؤولية الدولية ،
وتبين كيفية اتصال الدول بعضها ببعض عن طريق تبادل التمثيل السياسي
والفصل ، والمعاهدات التي تقوم بين الدول . كما توضح كيفية فض ما ينشأ
بين الدول من منازعات ، سواء عن طريق المفاوضات أو التحكيم أو القضاء
الدولي ، ولقد اكتسب هذا القانون اختصاصاً جديداً نشأ لها بظهور المنظمات
الدولية (كمنظمات الأمم المتحدة وما يندرج فيها مثل الجمعية العامة ومجلس
الأمن والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ، ومجلس الوصاية ، وهيئة العمل
الدولية . وهيئة الثقافة العالمية unesco ومحكمة العدل الدولية وبنك الإنشاء
والتميم) والمنظمات الإقليمية كجامعة الدول العربية ، إذ تنظم قواعد
القانون الدولي العام طرق تكوين هذه المنظمات واختصاصاتها وعلاقاتها
بعضها ببعض ، وعلاقاتها بالدول .

أما قواعد الحرب فتبين متى تنشأ حالة الحرب ومتى تنتهي ، وما يجوز
استعماله من الأسلحة وما لا يجوز ، وتنظم كيفية تبادل الأسرى والجرحى ،
وتحدد قواعد الهدنة ، وكذلك تبين حقوق الدول المحايدة وواجباتها قبل
الدول المتحاربة .

١٢٩ - والقانون الدولي العام ينقسم ، على غرار القانون العام الداخلي
إلى أقسام ، منها :

(١) قانون دستوري دولي ، وهو يتولى بيان سيادة كل دولة على إقليمها
(الحدود) وعلى أشخاصها (الجنسية) كما ينظم التمثيل الدبلوماسي وتحالف
الدول بعضها مع بعض في شكل موائيق كيثاق عصبة الأمم وميثاق الأمم المتحدة

(ب) قانون إدارى دولى ، وهو يتولى إدارة المرافق العامة الدولية ، مثل مكاتب الاتحادات الدولية للهريد ، والموازن والمقاييس ، وحماية الملكية الصناعية ، ومكتب العمل الدولى ، وتنظيم الانهار الدولية ، والتنظيم المالى والاقتصادى الدولى والبنوك الدولية وصندوق النقد الدولى .

(ج) قانون قضائى دولى ، وهو الذى يتولى تنظيم الجهات القضائية التى تتولى التحكيم فى المنازعات أو الفصل فيها ، ومثالها محكمة العدل الدولية .

(د) قانون جنائى دولى ، وكان يتناول فى صورته الاولى مسائل عدة منها : بيان مدى السيادة الوطنية فيما يتعلق بالجرائم مثل تحديد مدى اختصاص القانون الجنائى للدولة فى معاقبة الجرائم التى يرتكبها الاجانب فى ارض هذه الدولة أو يرتكبها رعايا هذه الدولة فى الخارج ، وكذلك تنظيم التعاون بين الدول على عقاب الجرائم عن طريق الإجراء الذى يسمى تسلم المجرمين .

أما فى الوقت الحاضر فيستعمل اصطلاح القانون الجنائى الدولى للدلالة على معنى آخر ، إذ يقصد به مجموع القواعد التى تجازى جنائياً على الجرائم التى ترتكب ضد القانون الدولى العام وضد الإنسانية . فبعد الحرب العالمية الثانية أنشأت فرنسا وانجلترا والولايات المتحدة وروسيا فى سنة ١٩٤٥ محكمة عسكرية دولية مهمتها محاكمة كبار مجرمى الحرب من دول المحور الأوربية ومعاقبتهم .

ولقد كانت القواعد التى وضعت وطبقت فى هذا الخصوص ماثار نقاش فى الفقه وذلك لأنها حددت الجرائم والعقاب عليها بعد وقوع الأفعال التى اعتبرت جرائم دولية وذلك خلافاً لما هو متبع عادة فى القانون الجنائى الحديث من أن الجريمة والعقاب عليها يحدثان قبل وقوع الفعل ، إذ القاعدة أنه لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص (يعتبر الفعل قبل وقوعه جريمة ويقرر العقوبة التى تطبق عليه) .

وأياً كان الأمر فالاتجاه الآن إلى بسط نطاق القانون الجنائي الدولي في صورته هذا لاعلى الأفراد فحسب بل كذلك على الدول التي تقارف أمثال هذه الجرائم .

١٣٠ - القانون الدولي الخاص : وهو يتكون بحسب الأصل من مجموع القواعد التي تبين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق في علاقة تنشأ بين الأفراد يكون أحد عناصرها ذا صفة أجنبية ، كأن يكون أحد أشخاص العلاقة أجنبياً ، أو يكون موضوعها موجوداً في بلد أجنبي ، أو تنشأ العلاقة نفسها في بلد أجنبي . ومثال ذلك أن يبيع إيطالي أفرنسي عقاراً موجوداً في مصر ويبرم العقد في مصر (العلاقة هنا أجنبية من حيث أشخاصها) ، أو أن يبيع مصري لمصري عقاراً موجوداً في إيطاليا (العلاقة هنا أجنبية من حيث موضوعها) أو أن يتزوج مصري مصرية ويتم الزواج في فرنسا (العلاقة هنا أجنبية من حيث مكان نشوئها) . وبذلك يكون الموضوع الأساسي للقانون الدولي الخاص هو تنظيم العلاقات الخاصة التي تكون أجنبية في عنصر أو أكثر من عناصرها الثلاثة : أشخاصها أو موضوعها أو مكان نشوئها .

فإذا ثار نزاع بشأن علاقة من هذا النوع كان على محكمة الدولة التي رفعت إليها الدعوى ، ولنفرض أنها محكمة مصرية ، أن تتحرى ما إذا كانت المحاكم المصرية مختصة بنظر هذه الدعوى أم يحاكم دولة أخرى من الدول التي تتصل بها العلاقة في أحد عناصرها . ولكي يعرف هذا ترجع المحكمة المصرية إلى طائفة من قواعد القانون الدولي الخاص المصري تسمى قواعد تنازع الاختصاص القضائي (الدولي) . فإذا تبين للمحكمة أن المحاكم المصرية مختصة بنظر مثل هذا النزاع كان عليها أن تنظر في مسألة أخرى وهي أي القوانين التي تتنازع حكم هذه العلاقة يكون هو المختص موضوعياً

يحكمها هو القانون المصري أم قانون دولة أجنبية . ولكي يُعرف هذا تخرج المحكمة المصرية إلى طائفة أخرى من القواعد الموجودة في القانون الدولي الخاص المصري وهي قواعد تنازع القوانين ، أو قواعد الإسناد . فإذا عرفت هذه القواعد القانون الواجب التطبيق ولنفرض أنه قانون أجنبي قامت المحكمة المصرية بتطبيق أحكام ذلك القانون الأجنبي على العلاقة المرفوعة أمامه .

ويتضح مما تقدم عدة أمور : الأول أنه ليس كل محكمة ترفع إليها الدعوى في علاقة معينة تكون مختصة بنظر هذه الدعوى إذا كانت العلاقة موضوع النزاع لا تمت في أحد عناصرها بصفة إلى دولة هذه المحكمة . الثاني ، إنه إذا اختصت محكمة بنظر نزاع ناشئ من علاقة ما لا تكون ملزمة دائماً بتطبيق قانونها الموضوعي ، فقد تطبق المحكمة المصرية القانون الموضوعي لدولة أخرى . الثالث ، أن قواعد القانون الدولي الخاص (سواء أكانت قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي أم قواعد تنازع الاختصاص القانوني) هي قواعد ذات طابع إجرائي وليست قواعد موضوعية ، فهي لا تفصل في الموضوع بل تعين القانون الواجب التطبيق ، المختص بالفصل في موضوع النزاع وقد يكون القانون الذي تعينه هذه القواعد قانوناً أجنبياً .

١٣١ - طابع قواعد القانون الدولي الخاص : قواعد القانون الدولي الخاص ، هي قواعد قانون داخل لها ما لسائر قواعد القانون الداخلي من خصائص وفاعلية ، ولهذا فإن إنشاءها وتعديلها وإلغائها يحصل بنفس الطرق المطبقة في الدولة .

وهذا هو الحل السائد في الفقه الحديث ، على خلاف رأى قديم كان يعتبر قواعد القانون الدولي الخاص قواعد ذات طابع دولي . وأحياناً ما تتفق الدول بعضها مع بعض على إنشاء قواعد قانون دولي خاص ، ويكون

مقتضى الاتفاق أن تضع كل من هذه الدول القواعد المتفق عليه ضمن قواعد قانونها الداخلى . فإذا ما فعلت الدولة ذلك صارت هذه القواعد جزءاً من قانونها الداخلى فلا يكون لها أى طابع دولى . وعلى ذلك تعتبر قواعد القانون الدولى الخاص دائماً قواعد قانون داخلى .

ويوسع بعض الفقهاء نطاق القانون الدولى الخاص ، فلا يقصره على قواعد تنازع الاختصاص القضائى الدولى وقواعد تنازع الاختصاص القانونى لحسب بل يدخل فيه موضوعات أخرى ، هى : الجنسية والموطن وحالة الأجانب ، وهذا هو اتجاه الدراسة فى كليات الحقوق فى الجمهورية العربية المتحدة .

المبحث الثالث

القانون الفردى والقانون الجماعى

تم تقسيم حديث القانون ، إلى قانون فردى وقانون جماعى . وأساس هذا التقسيم هو وضع الفرد فى العلاقة التى هو طرف فيها .

١٣٢ - فيكون القانون فردياً *individuel* إذا كان ينظم علاقات الأفراد بعضها ببعض باعتبار كل منهم فرداً قائماً بذاته ، لا باعتباره عضواً فى جماعة .

ومثال هذه العلاقات علاقة المتعاقدين أحدهما بالآخر وجميع العلاقات التجارية . وهى تتميز : ١ - بأنها علاقات تخضع لمبدأ العدل التبادلى القائم على معادلة الأموال المتبادلة بعضها ببعض ، ٢ - وأنها علاقات ، الأصل فيها ، أنها تنشأ من عقد يترتب عليه نشوء التزامات على كل من طرفى العلاقة ، أى أن العقد هو الذى ينظمها ، ٣ - وأنها علاقات تكون مؤقتة وعارضة ، ٤ - وأنها تنتمى إلى القانون الخاص .

١٣٣ - ويكون القانون جماعياً *corporatif* أو *social* أو *institutionnel* إذا كان ينظم علاقات جماعية ، تكون بين أعضاء جماعة واحدة ، تستهدف الصالح العام الذى يربط ما بين أعضاء تلك الجماعة ، يوجد الفرد فيها لا باعتباره فرداً بل بوصفه عضواً فى جماعة .

ومثال هذه العلاقات علاقات المواطنين بعضهم ببعض داخل الدولة ، والعلاقات التى تكون بين الأزواج والأقارب والأولاد داخل جماعة واحدة هى العائلة ، والعلاقات التى تكون بين أعضاء الجمعية أو الشركة ، والعلاقات التى تكون بين العمال وأرباب الأعمال داخل الحرفة الواحدة .

وتتميز هذه العلاقات : ١ - بأنها علاقات يهيمن عليها مبدأ العدل الجماعى ، الذى يحمل الفرد واجبات لمصلحة الجماعة ، مستهدفاً الصالح العام . ٢ - وأنها علاقات يحكمها القانون ، ضرورة أنه - لا بد من سلطة تبين مقتضيات الصالح العام وواجبات الأعضاء ، ٣ - وأنها علاقات تكون بين هيئات جماعية قد أعدت لتستمر ولذلك كانت مستقرة ودائمة ، ٤ - وأن منها ما ينتمى إلى القانون العام ومنها ما ينتمى إلى القانون الخاص .

١٣٤ - والهيئات الجماعية التى ينظمها القانون الجماعى ، تشترك جميعها فى خصائص واحدة : ١ - فهى تكون من مجموعة من الأشخاص ، ٢ - تربطهم بعضهم ببعض فكرة مشتركة ، وهدف من الصالح العام يبتغون تحقيقه ، ٣ - ويقوم على أمورها تنظيم أساسه تعيين نفر من بين أفراد هذه الجماعة يمارسون السلطات فى هذه الهيئات ابتغاء الصالح العام .

وتختلف هذه الهيئات الجماعية باختلاف الغرض الذى تستهدفه ، فقد تكون ذات هدف رياضى وقد تكون ذات هدف علمى وقد تكون هيئات دينية ، كما أنها تختلف بحسب طريقة تنظيمها : فالعائلة ، والمشروع مختلفان فى تنظيمهما

من الجمعيات ، كما أن منها ما ينتمى إلى نطاق القانون العام ، ومنها ما يدخل في نطاق القانون الخاص .

فالمهينات الاجتماعية التي تنتمى إلى القانون العام هي الدولة وهي في قمة هذه الهيئات (وتشتمل الدولة بدورها على هيئات عدة : كالجيش والشرطة والقضاء الخ) . ثم يأتي بعد الدولة الهيئات العامة الأخرى كالحفاظات والمدن الخ . ولكل من هذه الهيئات كيان قائم برأسه في حدود مصالحها الذاتية . ويأتي بعد ذلك المنشآت العامة والتي تتمتع بجانب من الذاتية كالجامعات .

أما الهيئات الاجتماعية التي تنتمى إلى القانون الخاص فهي : ١- الشركات التي تستهدف الربح ، والجمعيات التي تستهدف أغراضاً خيرية ، ٢- ثم المشروعات الاقتصادية ، ثم الأسرة التي هي الخلية الأولى للمجتمع .

١٣٥ - عرفت هذا التفرع بالتقسيم التقليدي : هناك علاقة بين تقسيم القانون إلى فردي وجماعي وتقسيمه إلى عام وخاص . فالقانون العام هو في مجموعه قانون جماعي ، إذ هو ينظم علاقات المواطنين وكذلك علاقات الدولة وسائر الهيئات العامة إبتغاء الصالح العام . وكذا القول في سائر فروع القانون العام : مع بعض الفروق ، فالقانون الدستوري قانون جماعي في أساسه . والقانون الإداري قانون جماعي في جزء كبير منه . فكل إدارة تعتبر تنظيمًا جماعياً . ولكن عندما تنزع الإدارة ملكية فرد ، أو تعقد عقداً مع مقاول أو مورد ، أو يترتب على نشاطها ضرر لأحد المواطنين فلا تكون القواعد التي تطبق عندئذ قواعد جماعية ، إذ لا ينظر إلى الفرد في هذه الحالة على أنه عضو في تنظيم إداري معين ، وإنما ينظر إليه على حدة باعتباره فرداً . والقانون الجنائي جماعي كله . أما القانون الخاص فالأصل فيه أنه قانون فردي . ولكن يوجد فيه أيضاً القانون الجماعي ، فقانون الأسرة

وقانون الشركات وقانون الجمعيات وقانون العمل قوانين جماعية .

١٣٦ - يتضح مما تقدم كيف يساعد هذا التقسيم على بيان الجانب الفردي والجماعي في كل من القانون العام والقانون الخاص . غير أن هذا التقسيم الحديث لا يفي عن التقسيم التقليدي (قانون عام وقانون خاص) فليس القانون الخاص فردياً كله ، بل فيه جانب جماعي غير قليل . وليس القانون العام جماعياً كله ففيه جانب ، ولو قليل ، من القواعد الفردية . كذلك لا يفي التقسيم التقليدي عن هذا التقسيم الحديث ، إذ أن له من الأهمية - النظرية على الأقل - ما يسوغ عدم الاستغناء عنه .

ولقد ظهر هذا التقسيم نتيجة تحول تدريجي من فردية متطرفة أنت بها الثورة الفرنسية إلى اتجاهات جماعية كانت بمثابة رد فعل قوى على تلك الأفكار الفردية . ذلك أن الثورة الفرنسية وضعت الفردية موضع الصداوة من كل شيء ، على نقيض النظام السابق عليها والذي كان يعترف بالهيات الجماعية إلى حد كبير . فلما جاءت الثورة الفرنسية حطمت هذه الهيات الاجتماعية فلم تبق إلا الهي الدولة ، والأسرة بعد أن صورتها تصوراً فردياً ، والمشروع الاقتصادي الذي اعتبرته مجرد علاقات فردية بين كل عامل ورب العمل . أما الشركات فقد نظمت من الناحية التعاقدية على أساس فردي ، أي باعتبارها عقداً بين كل عضو وسائر الأعضاء . ولقد كان من نتيجة ذلك عدم الإحساس بوجود التفرقة بين القانون الفردي والقانون الجماعي . فكان التقسيم التقليدي (قانون عام وقانون خاص) هو وحده التقسيم القائم وقتئذ .

ثم لم يلبث أن أخذت الأفكار الجماعية تراود العقول وتحتل مكاناً مرموقاً ، وكان من نتائج ذلك أن بدأت الهيات الجماعية التي كانت موجودة ، تزداد قوة وسعة ، بل نشأت هيات جماعية أخرى جديدة كشركات المساهمة والتعاونيات والجماعات ، وبدأ للفقهاء أن العلاقات الجماعية تختلف

في طبيعتها عن العلاقات الفردية ، وأن العلاقات التي تكون بين أعضاء الهيئات الجماعية وبين من يتولون إدارة هذه الهيئات لا تنهم على وجهها الصحيح في ضوء فكرة المقد التي تسود العلاقات الفردية . وعندئذ فقط ظهر تقسيم القانون إلى قانون فردى وقانون جماعى .

المبحث الرابع

القانون بين الفردية والاشتراكية

١٣٧ - ثمة مذهبان متعارضان يتنازعاان القانون ، وهما المذهب الفردى والمذهب الاشتراكى ، حتى ليجوز القول بتقسيم القوانين في العالم إلى قسمين . قوانين فردية النزعة *droits individualistes* وقوانين اشتراكية *droits socialistes* . وهذا يقتضينا أن نعطي فكرة موجزة عن كل من المذهبين ، وثبتت لكل منهما ماله وما عليه ثم يبين موقف قوانيننا من هذين المذهبين .

الفصل الأول

المذهب الفردى

Doctrine individuelle

(Individualisme)

١٣٨ - المذهب الفردى مذهب فلسفى ينظر إلى الفرد مستقلا عن الجماعة . ويعتبره كلاقما بذاته يكفى نفسه بنفسه ، وهو يضع الفرد فوق كل شيء باعتباره اسمى كائن فى مجال التدرج ، ويعتقد أن خير مجتمع هو ذلك الذى يعطى الفرد أكبر درجة من الحرية . فالفرد عنده هو العنصر الأساسى ، أما الجماعة فمجرد تنظيم يتيح للفرد أن يمارس حقوقه . هو يرى

أن الفرد ولد حراً . وأنه إذ دخل الجماعة دخلها وهو يحمل حرته التي هي أصل حقوق الطبيعة جميعها . وبذا كانت هذه الحقوق سابقة على الجماعة ، وكان على الدولة أن تحترم هذه الحقوق وتمكن له في استعمالها . ومن هنا كان هدف القانون الوحيد هو تقرير هذه الحقوق الفردية الطبيعية والمحافظة عليها . وكان الفرد هو غاية القانون وكانت وظيفة الدولة هي حراسة هذا النظام الفردى وحمايته . ولم يكن هناك من قيد على حرية الفرد إلا ما تقتضيه المحافظة على حرية سائر الأفراد . لما أن الأفراد جميعاً متساوون .

قصارى القول في هذا المذهب هو أن الفرد وحده هو صاحب الحقوق . وأنه هو الغاية من القانون أما الجماعة المتمثلة في الدولة فيقع عليها واجبات المحافظة على هذه الحقوق وضمان ممارسة كل فرد لنفسية منها .

١٣٩ - ولقد تشبع لهذا المذهب كثير من المفكرين الذين رأوا فيه الدرع الذى يدرأ عن الفرد جور الدولة في المجال الاقتصادى . وكان لهذا المذهب آثاره السياسية والمدنية والاقتصادية والاجتماعية .

فن آثاره السياسية اعتناق الديمقراطية في نظام الحكم حتى تتاح للفرد إلى جانب حرته في حياته الخاصة حرته في حياته العامة عن طريق إسماحه في ممارسة السيادة . ومن هنا كان النظام الثنائى . ومن آثاره المدنية (١) تصوير الملكية تصويراً مطلقاً بحيث يكون لما لك الشيء سلطة كانت تصل إلى حد تمكنه من إتلافه إذا شاء . (٢) وجعل إرادة الأفراد في تنظيم علاقاتهم أولى من إرادة المشرع . وصار العقد هو الطريقة الوحيدة لتنظيم كل العلاقات القانونية بين الأفراد . ومن آثاره الاقتصادية وضع المبادرة الفردية في المسكان الأول واعتبار أى تدخل من جانب الدولة في هذا المجال أمراً غير مرغوب فيه ، لما يترتب عليه من تعطيل هذه المبادرة الفردية . ولذا كان على الدولة أن تترك للأفراد حرية العمل والتجارة والصناعة ، وأن ترخى العنان

للمنافسة باعتبارها المحرك الأساسي للاقتصاد . ومن آثاره الاجتماعية زوال كثير من الهيئات التي كانت تتوسط ما بين الفرد والدولة .

١٤٠ - تقدير هذا المذهب : الذي لهذا المذهب أنه كان رد فعل على الابتعاد السياسي سواء في اليونان القديمة حيث نادى به أبيقور أو في أوروبا الحديثة حيث نادى به لوك وروسو^(١) فكان بمثابة الحاجز الذي حمى الفرد من طغيان الدولة وتحكمها . ثم لقد تقرر في ظله مبادئ حقوق الإنسان . وكان له أثر كبير في كل البلاد وكان الدافع لها على تعديل دساتيرها .
غير أن الذي يؤخذ عليه أكثر : سواء في مبادئه وفي نتائجه .

١٤١ - (١) فن حيث مبادئه أخذ عليه أنه خطأ إذ اعتبر الفرد كلاً قائماً بذاته يكفي نفسه بنفسه وأن الجماعة ليست إلا إنشاء مصطنعاً بدلاً من أن تكون جزءاً من طبيعة الفرد وأنها ليست إلا مجرد مجموعة من الأفراد يوجدون بعضهم إلى جوار بعض يسعى كل منهم إلى تحقيق مصلحته دون أن توجد بينهم رابطة أساسية في حين أن الصحيح هو أن الإنسان اجتماعي بطبعه وأنه لا يمكن أن يعيش إلا في جماعة . ثم لقد أخطأ أنصار هذا المذهب أيضاً عندما قالوا إن للفرد حقوقاً تقرر له قبل دخوله الجماعة مع أنه لا يتصور وجود الحقوق إلا حيث توجد الجماعة ، فكل حق يقابله واجب على الغير ، ولا يتصور بالتالي وجود الحق عند عدم وجود الغير الذي يقع عليه الواجب المقابل لذلك الحق .

١٤٢ - (٢) أما من حيث نتائج العملية فكانت سيئة من نواح عدة : سياسية واقتصادية وقانونية واجتماعية : (١) فن الناحية السياسية أدى هذا المذهب إلى ما عرف عن مساوئ النظام البرلماني ، منها عدم استقرار السياسة الوطنية لارتباطها بالأغلبية التي كلما تغيرت انقلبت تلك السياسة ،

(١) Sarwat Anis Al-Assuty, Genèse et évolution des doctrines philosophiques à propos de Jhering et la pensée juridique moderne en Allemagne et en Amérique, le Caire 1964, p. 170 et 172.

وتبعية الحكومة لسلطان الأحزاب تارة والرأسمالية تارة أخرى مما أدى إلى إضعاف سلطان الدولة . (ب) وكانت نتائجها من الناحية الاقتصادية المنافسة الحرة وما أدت إليه من مساوئ منها ، وقوع أزمات اقتصادية دورية كانت دائماً مرهقة ، تحكم المشروعات الاقتصادية الكبيرة في المشروعات المتوسطة وما أفضى إليه ذلك من خضوع النظام الإقتصادي كله للرأسمالية التي كان كل ممها هو تحقيق الربح ، استغلال العمال وما أدى إليه من بؤس الطبقة العاملة وسخطها على سائر الطبقات الاجتماعية بل وعلى الجماعة ذاتها وبالتالي على الوطن ومن هنا كان الخطر الدائم . (ج) ومن الناحية القانونية كان العقد والحق هما عماد هذا المذهب ، وكلا النظامين كانت له مساوئ : فالعقد ، وما صاحبه من حرية تعاقدية واسعة وإرادة ذات سلطان قوى ، أدى إلى وقوع مظالم كثيرة وخلق عقود تتضمن شروطاً جائرة تعسفية مرهقة يفرضها الطرف القوى من الناحية الاقتصادية على المتعاقدين الضعيف . أما الحق ، وخاصة حق الملكية ، فقد أدى تصويره الفردي إلى اعتباره حقاً مطلقاً يجوز لصاحبه أن يستعمله على النحو الذي يروق له ، فإن شاء استعمله بطريقة لا يقصد منها إلا إلى الإضرار بالغير وإن شاء أنلفه لموى في نفسه غير عابئ بما يترتب على ذلك من أضرار تعصيب المصلحة العامة . (د) ومن الناحية الاجتماعية تجلّت مساوئها في الأسرة التي أضعفها التوسع في إباحة الطلاق باسم الحرية الفردية ، والنقض من سلطة الأب وتشجيع الحركات النسائية التي تغفل دور المرأة الحقيقي .

الفرع الثاني

المذهب الاشتراكي

Doctrine Socialiste
(Socialisme)

١٤٣ - وكان من جراء مبالغات المذهب الفردي وما أفضى إليه من نتائج سيئة أن ظهرت المذاهب الاشتراكية التي أخذت تهاجم المذهب الفردي. هذه المذاهب الاشتراكية وإن اختلفت في التفاصيل تتقارب في فكرة واحدة هي نفي أن تكون حقوق الفرد هي أساس القانون ؛ فليس للفرد حقوق بل عليه واجبات تجاه الجماعة . ومن هنا كان التمازض بين المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي . فالمذهب الفردي يجعل مصلحة الفرد هي غاية القانون ، أما المذهب الاشتراكي فيجعل الغاية من القانون هي مصلحة الجماعة ، باعتبارها الهبة التي تتركز فيها مصلحة مجموع الأفراد الذين يخضعون لسلطانها. المذهب الفردي ينظر إلى الفرد مستقلا عن الجماعة التي هو عضو فيها ، على خلاف المذهب الاشتراكي الذي لا ينظر إلى الفرد إلا باعتباره جزءاً من الجماعة التي ينتمي إليها . في المذهب الفردي يعد الفرد كل شيء باعتباره أسمى كائن في السلم التدرجي ، أما في النظام الاشتراكي فالدولة هي كل شيء . في المذهب الفردي تحتل المبادرة الفردية المحل الأول فلا تدخل الدولة في مجال النشاط الفردي إلا بقدر ، أما النظام الاشتراكي فيحل نشاط الدولة محل المبادرة الفردية . في المذهب الفردي يقوم الاقتصاد على الملكية الفردية وتحرى الربح لإنها وجد ، أما المذهب الاشتراكي فيقوم الاقتصاد فيه على أساس استثمار الثروات لمصلحة الجماعة ، إذ يقوم المنتج بوظيفة اجتماعية لخدمة الجماعة .

ويستهدف المذهب الاشتراكي خلق بيئة اجتماعية خير من البيئة الفردية والراسمالية ، وإيجاد جماعة أعدل يكون حفظها من المساواة والإخاء أوفر من حفظ الجماعة الفردية .

١٤٤ — ولقد كان لهذا المذهب نتائجها السياسية والاقتصادية والقانونية والاجتماعية : (١) فن نتائجها السياسية تزايد تدخل الدولة في حياة الأفراد الخاصة مما أدى إلى الحد من إساءة استعمال الأفراد لحرياتهم . بل لقد ظهرت آثاره في العلاقات الدولية حيث يدعو المذهب الاشتراكي إلى السلام سواء بمناهضة الرأسمالية باعتبارها المحرك الأساسي للحروب ابتغاء السيطرة على مصادر البترول الكبرى ، أم عن طريق النظر إلى الناس كافة على أنهم إخوة في الإنسانية رغم اختلاف جنسياتهم . (٢) أما آثاره الاقتصادية فتظهر في (١) تدخل الدولة المتزايد في الحياة الاقتصادية وذلك بتنظيم الإنتاج والمبادلات . وافتد حدثت هذه الظاهرة أيضاً في الدول التي لم تعتق المبادئ الاشتراكية ، وذلك لمواجهة مطالب الحرب ولتفادي تدهور قيمة النقود ولعلاج الأزمة الاقتصادية التي وقعت في سنة ١٩٣٠ فنظمت الإنتاج وحددت الأسعار ومنعت الاستيراد (ب) حماية الادخار بما ينصب له من فئاح تكثر في النظم الرأسمالية . (ج) إخضاع الدخول للضريبة التصاعدية (د) تحسين حال الطبقة العاملة من طريق إلزام أرباب الأعمال باتخاذ إجراءات لضمان سلامة العمال وإنقاص ساعات العمل وإعطاء أجازات سنوية بأجر ، وتقرير تأمينات اجتماعية للعمال ورفع الحد الأدنى للأجور . (٣) ومن آثاره القانونية الحد من مبدأ سلطان الإرادة ، والإكثار من القواعد المطلقة في القانون الخاص ، وصنح الحقوق وخاصة حق الملكية بالطابع الاجتماعي فصار للحق وظيفة اجتماعية بعد أن كان سلطة مطلقة ، ومد عقود إيجار المساكن بقوة القانون وتحديد أسعار الإيجار في المساكن والأراضي الزراعية وعدم تمكين المالك من استرداد العين المؤجرة إلا بقبود ، والتأمينات التي تجريها الدولة بالنسبة للشركات التي تتولى الإنتاج في نواحي بعيد المصلحة العامة أن تتولاها الدولة بنفسها . وهذه طريقة لجأت إليها أيضاً بعض الدول التي لم تأخذ بالنظام الاشتراكي ، مما يدل على طابعها الضروري . (٤) ومن آثاره الاجتماعية إهتمام الدولة

بالناشئة وتوجيهها الوجهة التي تعود بالفائدة على الجماعة ، وكذلك اهتمامها بمصالح الطبقة العاملة .

١٤٥ - تقرير هذا المذهب : ظهر المذهب الاشتراكي كرد فعل طبيعي على المذهب الفردي وما اتسم به من تطرف وأفانية . ولذا أخذ المذهب الاشتراكي على عاتقه حماية الضعفاء والمحرومين وحرص على أن يسند إلى الجماعة ، ممثلة في الدولة ، الدور الرئيسي الذي يتحتم أن تؤديه في تنظيم حياة الأفراد . ولقد كان لهذا المذهب تأثيره الذي هم جميع أنحاء العالم حيث انطلق يصحح أخطاء المذهب الفردي المطلق . وساعد على هذا أن الظروف التي دعت إلى قيام المذهب الفردي قد زالت بزوال الاستبداد السياسي الذي ساد أوروبا في وقت مضى والذي دعا إلى ظهور المذهب الفردي لحماية الفرد من جور الحاكم . لذا وجب أن تعود الأمور إلى وضعها الطبيعي فيحس الفرد بالروابط الوثيقة التي تربطه بالجماعة^(١) .

ولقد أظهر إمرنج فضل المذهب الاشتراكي على المذهب الفردي في ناحيتين : الأولى هي أن « المذهب الاشتراكي يعطي الفرد مكانه في الجماعة فالكل يتضمن الجزء ، أما في المذهب الفردي فلا مكان فيه للجماعة إذ أن الجزء الذي يريد أن يعيش لنفسه فقط لا محالة يتجاهل وجود الكل ، وإذا كانت غاية الجزء هي إسعاد نفسه فقط كانت النتيجة الحتمية انهيار الكل ، ولا كذلك عندما ينبغي الكل إسعاد نفسه فهو لا بد يحقق سعادة الفرد في نفس الوقت ، ضرورة أن الكل لا يكون سليماً معافى إذا كان أحد أجزائه مريضاً »^(٢) .

(١) ثروت أنيس الأسيوطي ، نشوء المذاهب الفلسفية وتطورها ، يصدد إمرنج والفكر القاتوني الحديث في ألمانيا وأمريكا ، (باللغة الفرنسية) ، المشار إليه فيما سبق .
س ١٧٠ و ١٧٢ .

(٢) من « كتاب نشوء المذاهب الفلسفية وتطورها » للدكتور ثروت أنيس الأسيوطي .
للمرجع السابق من ١٣٨ و ١٣٩ .

أما الناحية الثانية التي يظهر فيها فضل المذهب الاشتراكي على المذهب الفردي فتتجلى في نوع القيمة التي يكون للفرد في كل من المذهبين . ففي المذهب الفردي يكون الفرد ذرة معزولة ، هدفه الأسمى في الحياة هو إبعاد نفسه في هذه الدنيا . أما المذهب الاشتراكي فيضع الفرد في داخل الجماعة بحيث يتطور معها في تطورها ، وبذلك تأخذ الحياة الفردية قيمتها ويستيقن الفرد أنه لا يعيش عبثاً بل يقوم بنصيبه فيما تقوم به الإنسانية من أعمال ، (١) .

هذا هو المذهب الاشتراكي في صورته المعتدلة . أما ما يقال في هذا المذهب من أنه يضحي بالفرد لمصلحة الجماعة ، وأنه ينكر كل قيمة للملكية الفردية والميراث وما يترتب عليهما من حافز على المجهود الفردي والجماعي ، وأنه يهدر قيمة الدين الذي يعتبره أفιον الشعوب فانما يتوجه فقط على الصورة المتطرفة لهذا المذهب .

الفرع الثاني

موقف القانون المصري من هذين المذهبين

١٤٦ - بدأ القانون المدني في أول أمره ذا طابع فردي ، متأثراً في ذلك بتقنين نابليون الذي جاء من الناحية التشريعية بعد الثورة الفرنسية واتجاهات مذهب القانون الطبيعي في القرنين السابع والثامن عشر ، التي صورت القانون (الخاص) على أنه قانون الفرد ، وأنه حامى الحقوق الأساسية التي يعترف بها النظام القانوني للفرد والتي تقررت له بمقتضى القانون الطبيعي .

(١) من كتاب « نشوء المذاهب الفلسفية وتطورها » للدكتور غروت أنيس الأسيمولى
المرجم السابق ص ١٣٨ و ١٣٩ .

تبدو الفردية في القانون المصري ، في مرحلته الأولى ، في القانون المدني القديم بوجه خاص ، حيث كان يصور الحق تصويراً فردياً ظاهراً . آية ذلك أنه كان يعرف حق الملكية بأنها حق المالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة (م ١١) . وآية ذلك أيضاً أنه خلا من نصوص تحرم سوء استعمال الحق . ومن مظاهر الفردية أيضاً في ذلك الحين الأخذ بمبدأ سلطان الإزادة دون قيد إلا قيد النظام العام والآداب ، لذا لم يجد القضاء المصري في معظمه وعلى رأسه محكمة النقض ، أى حرج في أن يرفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة التي تجيز للقاضي أن يتدخل في تنفيذ العقد فيخفف من شروط العقد لمصلحة المدين إذا صار تنفيذ العقد مرهقاً له بسبب تغير الظروف . كذلك لم يكن في القانون المدني القديم ما يحمي الطرف الضعيف من جور المتعاهد القوي ، فلم يحتو على تنظيم لما يسمى عقود الاذعان ، وهي العقود التي ينفرد المتعاهد القوي بوضع شروطها ولا يكون للمتعاقد الآخر أن يناقش هذه الشروط بحيث لا يكون له إلا أن يقبل أو يرفض .

١٤٧ - ثم جاءت مرحلة ثانية اتسم فيها القانون المصري بسيات اشتراكية ظاهرة . بدأت هذه المرحلة بوضع التقنين المدني الحالي . فلقد أزداد به واضعوه أن « يجارى نزعات عصره فلا يقف من الديمقراطية عند معناها القديم ، بل يماشى ما لحق بها من تطورات عميقة . . . فلم يشاؤوا له أن « يقدس حرية الفرد إلى حد أن يضحى من أجلها مصلحة الجماعة » . كذلك لم يجعلوا « من سلطان الإرادة المحور الذي تدور عليه الروابط القانونية ، بل وفقوا فيه « بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة » . ثم هم في علاقة الفرد بالفرد لم يتركوا « القوي يصرع الضعيف بدعوى وجوب احترام الحرية الشخصية ، فليس الفرد حراً في أن يتخذ بما هيأته له النظم الاجتماعية والاقتصادية من قوة تكسبه ليتعسف ويحكم » (١) .

(١) أنظر الأعمال التحضيرية للقانون المدني الحالي ، ج ١ ص ٢٤ وما بعدها .

لذا اشتمل التقنين الحال على تنظيم لعقود الإذعان حماية للمتعاقدين المذعن
فخص على أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان
ضاراً بمصلحة الطرف المذعن (٢/١٥١م) كما نص على أنه «إذا تم العقد
بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل
هذه الشروط أو أن يعنى الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة،
(١٤٩م) بل لقد اعتبرت قواعد حماية المتعاقدين المذعن قواعد مطلقة (آمرة)
فخص على أن كل اتفاق يقصد به منع المتعاقدين المذعن من الالتجاء إلى القاضي
لتعديل الشروط التعسفية أو إلغائها يقع باطلاً (١٤٩م). كما اشتمل على
نصوص يقصد بها حماية المتعاقدين من استقلال المتعاقدين طيشاً بيناً فيه
أو هوى جاعاً استبد به، فأجاز للقاضي بناء على طلب المتعاقدين الذى كان
ضحية الاستقلال، أن يبطل العقد أو أن ينقض التزامات هذا المتعاقدين
(١٢٩م). كذلك لم يرخ واضعو التقنين الحال العنان لمبدأ سلطان الإرادة
فما أن نص في المادة ١/١٤٧ «على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه
ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون، حتى أعقب
ذلك إستثناء خطيراً على هذا المبدأ فى الفقرة الثانية من نفس المادة، التى
تنص على أنه «... إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن فى الوسع
توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام، وإن لم يصبح مستحيلاً،
حارماً مرفقاً للدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف
وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرفق إلى الحد المعقول،
ثم لقد أريد أن تكون حماية المتعاقدين المرفق بسبب تغير الظروف حماية
فعالة فلم يجر الاتفاق على نزول الدين عن حقه فى تلك الحماية فخص على
بطلان أى اتفاق يمنع الدين من التمسك أمام القاضي بتلك الحماية عند
تغير الظروف (٢/١٤٧م) وبذلك كانت القاعدة الواردة فى المادة ٢/١٤٧
قاعدة مطلقة (آمرة) وليست مجرد قاعدة مكملة.

ثم لقد حرص التقنين الحال على أن يصور الحق تصويراً اجتماعياً فأخذ يبداً عدم جواز إساءة استعمال الحق (م ٤ و ٥) وردد ذلك التصوير عند تعريف حق الملكية فلم يعرفه على النحو المطلق الذي كان له في التقنين للمعنى بل قال «لمالك الشيء وحده» في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، (٨٠٢م). ثم أورد بعد ذلك من التطبيقات ما يؤكد ذلك المعنى ويقويه فأوجب على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار (٨٠٧م).

١٤٨ — ثم كانت المرحلة الثالثة عندما جاءت الثورة وأخذت تتهاجم النظام الفردي في أمم معاقلة وهي الملكية الزراعية، فصدر قانون الإصلاح الزراعي في ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ الذي وضع للملكية الزراعية حداً أقصى بما تتي فدان (ثم خفض هذا الحد في سنة ١٩٦١ إلى مائة فدان).

ثم صدر بعد ذلك دستور ١٩٥٦ وجعل أساس المجتمع المصري هو النظام الاشتراكي (م ٤) وحرص على بيان أن حق الملكية يؤدي وظيفة اجتماعية. وردد نفس المبادئ دستور الجمهورية العربية المتحدة المؤقت (٥ مارس ١٩٥٨). وصدرت بعد ذلك قوانين يوليو ١٩٦١ فكانت الجسر الذي هبته عملية التحول نحو الاشتراكية. ثم جاء الميثاق الوطني (٢١ مايو ١٩٦٢) فبين كيف كان النظام الاشتراكي حلاً حتمياً فرضه الواقع وآمال الجماهير والطابع الجديد الذي اتخذته العالم في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، كما بين التلازم من الحرية السياسية (الديمقراطية) والحرية الاجتماعية (الاشتراكية).

ثم صدر دستور مارس ١٩٦٤، فنص على أن الجمهورية العربية المتحدة دولة ديمقراطية لإشراكية (م ١) وأن الأساس الاقتصادي للدولة هو النظام الاشتراكي (م ٩).

١٤٩ - سمات الاشتراكية العربية : الاشتراكية العربية ، كما هو ظاهر من الميثاق والدستور ، لم تؤمم كل وسائل الانتاج ولم تلغ الملكية الخاصة ولم تمس حق الإرث الشرعى المترتب عليها (١) ، بل لقد نص الدستور على أن الملكية الخاصة مصونة (م ١٦) . ولكنها فرقت في الملكية الخاصة بين ملكية مستغلة وملكبة غير مستغلة فحرمت الأولى واعترفت بالثانية (٢) ثم هى لم تلغ المبادرة الفردية ولكنها بينت ما يجب أن تقوم عليه المبادرة الفردية ، إذ الواجب « أن تكون قائمة على العمل وعلى المخاطرة لا على الانتهاز وحماية الاحتكار التى ينتفى فيه كل احتمال للمخاطرة » (٣) . ثم هى تحرص على تقوية الأسرة ودعمها (٤) وتجعلها أساس المجتمع (٥) كما تحترم الأديان والأخلاق الوطنية . إلى غير ذلك من السمات التى جعلت من الاشتراكية العربية إشتراكية معتدلة ، مع اهتمامها بمصلحة الجماعة لم تغفل المصلحة الفردية وما ينبغى لها .

(١) الباب السادس من الميثاق .

(٢) الباب السادس من الميثاق والمادة ١٣ «ج» من الدستور .

(٣) الباب السابع من الميثاق .

(٤) م ١٩ من الدستور .

(٥) م ٧ من الدستور .

الفصل الرابع .

مصادر القانون

١٥٠ - المصدر بالمعنى العام هو الحقيقة التي تتبثق منها حقيقة أخرى . وعلى هذا يكون المقصود بعبارة مصادر القانون الحقائق التي تنبع منها القواعد القانونية .

غير أن عبارة مصادر القانون تتخذ معاني أخرى خاصة : فهناك ما يسمى المصدر الموضوعي أو المادى للقانون . وهناك المصدر التاريخي ، وهناك المصدر الرسمي .

١٥١ - المصدر المادى أو الموضوعي : ينبع القانون من طبيعة الإنسان ، من مطالبه المادية والمعنوية وظروفه الاقتصادية والجغرافية . ولا يمكن أن يوجد قانون لا يستمد نشأته من الطبيعة الإنسانية ، ولهذا كان القانون ثمرة شعور الناس واتجاهاتهم المذهبية ومطالبهم المثالية وحاجاتهم العملية . تلك هي المادة الأولية التي يصنع منها القانون ولذا أمكن أن نعرف المصدر المادى للقانون بأنه مجموع الظروف الاجتماعية التي استمد القانون منها نشأته .

١٥٢ - المصدر التاريخي للقانونه : إن ظروف حياة الناس ومقتضيات معيشتهم في وقت معين لم تنشأ طفرة واحدة بل كانت نتيجة تطور بطيء ومستمر يسمى التاريخ . إن حياتنا اليوم ميراث آل إلينا من سبقونا ، فلقد ورثنا عنهم أشكالاً وأفكاراً وحاجات ، وسنقل إلى من يلينا إشكالا وأفكاراً وحاجات . كذلك القانون الذي هو محور حياتنا : فقانون اليوم ليس نتيجة عملنا وحده بل هو أيضاً ثمرة عمل الأجيال السابقة ..

وإن مجموع القواعد التي تحكم البشرية اليوم أتت في معظمها من الماضي الذي كان ينقطع تارة ويتصل تارة أخرى . ولذا يمكن أن نعرف المصدر التاريخي للقانون بأنه مجموع الظروف التاريخية التي تكون القانون خلالها . وقريب من هذا المعنى أن يقال إن القانون الروماني مصدر تاريخي للقانون الفرنسي وأن القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية مصدران تاريخيان للقانون المصري .

١٥٣ - المصدر الرسمي للقانون : إن القانون الذي ينبثق من طبيعة الإنسان وتكون خلال التاريخ ما له أن تتلقفه يد الإنسان فتفرض على الناس احترامه . وإن من يقوم بهذا العمل هو المصدر الرسمي ، القانون . وهو نشاط مجموع الأشخاص الذين تتكون منهم الهيئة التي خولها الدستور سلطة إصدار القواعد القانونية . والمصدر بهذا المعنى إنما يتكون من نشاط الدولة أو أعضائها الذين لهم سلطة وضع القواعد القانونية . ولذا كانت فكرة المصدر الرسمي للقانون مرتبطة أشد الارتباط بفكرة الدولة أو أعضاء الدولة وكانت مسألة المصادر الرسمية للقانون هي بعبارة أخرى مسألة الهيئة المنوط بها عمل القانون .

هذا هو المصدر بمعناها المنشئ ، الخلاق ، الموجد للقاعدة القانونية أما ما اعتاد الشراح قوله وهو أن التشريع يعتبر مصدراً رسمياً للقانون فهو من قبيل إزال المسبب منزلة السبب ، أو إزال ما ينشأ عن المصدر منزلة المصدر نفسه . إن الدولة أو بعض هيئاتها هي التي تنشئ القانون ، التشريع ، وبذلك يكون التشريع ناشئاً من مصدر معين هو نشاط الدولة .

وعلى ذلك نرى أن الاسم هو عدم اعتبار التشريع مصدراً منشئاً للقانون بل مصدر يرجع إليه للتعرف على القاعدة القانونية . ويصدق هذا أيضاً على العرف وعلى ما اعتاد الشراح إعتباره مصدراً رسمياً للقانون .

وعلى ذلك يجب لضبط القول في مسألة مصادر القانون أن نفرق بين المصدر المنشئ للقواعد القانونية والمصدر أو الوسيلة التي يمكن من خلالها التعرف على القاعدة القانونية. والمصدر المنشئ للقانون لا يكون إلا الدولة أو بعض هيئاتها التي تملك بنص الدستور أن تضع القواعد القانونية. أما التشريع والعرف ... ألخ فمصادر غير منشئة بل مصادر أو وسائل للتعرف على القاعدة القانونية. وسيقصر كلامنا على مصادر التعرف على القانون .

١٥٤ - مصادر التعرف على القانون : ذكرت المادة الأولى في الفقرة الثانية في التقنين المدني الحالي أنه : إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . تلك هي مصادر التعرف على القاعدة القانونية الواجبة التطبيق يلجأ إليها القاضي بالترتيب الوارد في تلك المادة .

المبحث الأول

التشريع

١٥٥ - تعريف : التشريع باعتباره مصدراً للتعرف على القاعدة القانونية الواجبة التطبيق هو مجموعة القواعد العامة التي تصدر في صورة مكتوبة من السلطات التي تملك إصدارها .

والتشريع بهذا المعنى نوعان :

١ - تشريع بالمعنى الشكلي وهو الذي يصدر من السلطة التشريعية وفقاً للأشكال المنصوص عليها في الدستور .

٢ - تشريع بالمعنى الموضوعي أو المادي وهو الذي تصدره السلطة التنفيذية بناء على نص الدستور أو تفويض من السلطة التشريعية .

وكلا النوعين من التشريع يتكون من قواعد عامة وملزمة ولكنهما يختلفان سواء من حيث الهيئة التي يصدر عنها كل منهما أو من حيث صورة الإقرار، فالتشريع بالمعنى الشكلي يقره مجلس الأمة أما التشريع بالمعنى المادى فلا توجد فيه هذه الصورة من الإقرار . وبعبارة أخرى يتكون التشريع فى معناه الشكلي من عنصرين (١) العنصر الشكلي وهو إقرار مجلس الأمة (٢) والعنصر الموضوعى أو المادى وهو يتكون من المضمون القانونى . أما التشريع فى معناه الموضوعى فينقصه إقرار مجلس الأمة أى العنصر الشكلي ولكنه ينطوى على العنصر الموضوعى . فهو من حيث الشكل عمل إدارى عام ولكن من حيث الموضوع والفاعلية ينزل منزلة التشريع بالمعنى الشكلي (١) .

الفصل الأول

التشريع (بالمعنى الشكلي)

١٥٦ - التشريع بالمعنى الشكلي هو كما قلنا عمل من أعمال الدولة تصدره السلطة التشريعية وفقاً للأشكال المنصوص عليها فى الدستور . ومجلس الأمة

(١) ويلاحظ أنه تستعمل أيضاً عبارة تشريع شكلي إذا كان التشريع فى معناه الشكلي غير ذى مضمون قانونى أى ليس تشريعاً موضوعياً . فأحياناً ما ينقص التشريع فى معناه الشكلي المضمون القانونى أو المادى من حيث إنه لا يشمل على قواعد عامة وبمجردة بل يشتمل فقط على أوامر فردية ، كمنح معاش خاص لشخص معين أو منح الجنسية لشخص معين : فى هذه الحالة يكون الاسم شكل القانون ولكنه يكون فى جوهره عملاً إدارياً خاصاً . ويعتبر من هذا القبيل تشريع اعتماد اللزائية ، وتشريع التعبئة العسكرية ، وتشريع إقرار الأعمال التى تقتضى مصادرات غير عادية . فى كل هذه الحالات توجد أعمال إدارية لا تعتبر تشريعات رغم أنها تتخذ شكل التشريع ولهذا لا يطمح بالنقض فيما يخالفها ولا يترتب عليها إهدار الحقوق المكتسبة من قبل الغير ، وتفتقد فاعليتها دون حاجة إلى نسخ لجرد إنقضاء القوانين التى أنشأتها (راجع ص ٣٣ وما بعدها) .

هو الهيئة التي تمارس السلطة التشريعية (م ٤٧ من الدستور) . والتشريع بهذا المعنى نوعان : تشريع دستوري وتشريع عادي .

أما التشريع الدستوري فيقصد به تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور . وهو يتميز عن التشريع العادي من حيث طريقة التعديل إذ تنص المادة ١٦٥ على أن : لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الأمة طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ، ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية إلى هذا التعديل . فإذا كان الطلب صادراً من مجلس الأمة وجب أن يكون موقفاً من ثلث أعضاء المجلس على الأقل . وفي جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل ويصدر قراره في شأنه بأغلبية أعضائه . فإذا رفض الطلب لا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي ستة على هذا الرفض . وإذا وافق مجلس الأمة على مبدأ التعديل يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة ، المواد المراد تعديلها فإذا وافق على التعديل ثلثاً أعضاء المجلس اعتبر نافذاً من تاريخ الموافقة . . وهذه الأشكال الخاصة راجعة إلى ما للدستور من طابع جامد .

أما التشريع العادي فهو التشريع الذي ينظم مواد ليس لها طابع دستوري ويحصل إقرارها وتعديلها وإلغاؤها بالطرق العادية .

١٥٧ - ويمر التشريع بمراحل أربعة : الاقتراح ، والإقرار ، والإصدار ، والنشر .

(١) الاقتراح : أي اقتراح التشريع على السلطة التشريعية ، وهو المرحلة الأولى التي يمر بها التشريع . والاقتراح يكون من رئيس الجمهورية (م ١١٦) وقد يكون من عضو أو أكثر من أعضاء مجلس الأمة (م ٦٧) . ويحال كل مشروع قانون إلى إحدى لجان مجلس الأمة لفحصه وتقديم تقرير عنه (م ٦٦) فإن كان مشروع القانون قد اقترحه أحد أعضاء مجلس

الامة فإنه يحال إلى لجنة لفحصه وإبداء الرأى فى جواز نظر المجلس فيه .
فاذا رأى المجلس نظره فإنه يحال إلى إحدى لجان المجلس لفحصه وتقديم
تقرير عنه .

١٥٨ - (٢) الوقرار : والمرحلة الثانية التى يمر بها التشريع هى
الإقرار ، فلا يصدر قانون إلا إذا أقره مجلس الامة (م ٦٨) ولذلك
ياخذ مجلس الامة فى نظر مشروع القانون ومناقشته . وتسفر المناقشة
عن إحدى نتيجتين . إما عن إقرار المشروع كما هو أو بعد تعديله ، وإما
عن رفضه . فان رفض المشروع ، وكان مقترحاً من أحد الأعضاء ، فلا
يجوز تقديمه ثانية فى دور الانعقاد ذاته (م ٦٩) . أما إن أقره فلا يكون
إقراره إلا بعد أخذ الرأى فيه مادة مادة (م ٦٨/٢) .

١٥٩ - (٣) الإصدار : وهذه هى المرحلة الثالثة . ذلك أنه عندما
يقر المجلس مشروع القانون يبلغه إلى رئيس الجمهورية ليصدره . ولرئيس
الجمهورية أن يعترض على مشروع القانون (م ١١٦) . فإن اعترض رد
المشروع إلى مجلس الامة لإعادة النظر فيه . ويجب أن يحصل الرد فى مدى
ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه بمشروع القانون . فاذا رد
المشروع فى الميعاد المتقدم وأقره المجلس ثانية بموافقة ثلثى أعضائه اعتبر
قانوناً وأصدر (م ١١٨) . كذلك إذا لم يرد مشروع القانون فى الميعاد
المتقدم اعتبر قانوناً وأصدر .

والإصدار عمل يقوم به رئيس الجمهورية باعتباره سلطة تنفيذية وليس
باعتباره سلطة تشريعية ، إذ أنه لم يعد يسهم فى عمل التشريع بعد زواله
حق التصديق . وبالإصدار يقرر رئيس الجمهورية أن التشريع صار كاملاً ،
ويأمر السلطات المختصة بنشره والعمل على احترامه باعتباره تشريعاً من
تشريعات الدولة ، وبذلك يترتب على الإصدار نتيجتان : الأولى هى التقرير
رسمياً بوجود القانون ، الثانية هى إعطاء الأمر بنشره وتنفيذه .

١٦٠ - (٤) النشر: بعد إصدار التشريع يجب نشره حتى يكون في وسع المخاطبين به أن يعلوه والمقصود بالنشر هو إمكان العلم وليس العلم الفعلي ولهذا لا يعرف النشر بأنه العمل الذي يجعل القانون معلوماً عند المخاطبين به بل هو العمل الذي يترتب عليه تمكين المواطنين من العلم بالقانون متى أرادوا ذلك . ولكن حتى على هذا التعريف لا يزال النشر قاصراً عن أداء المقصود منه ، على فرض أن المقصود منه هو تمكين الناس من العلم بالقانون ، لا سيما إذا عرفنا أن النشر إنما يتم عن طريق إعلان القانون في الجريدة الرسمية ، وهذه ليست في متناول الناس كافة وليس من السهل الرجوع إليها .

وينص الدستور على أن القوانين تنشر في الجريدة الرسمية . ويرى الفقه أن هذه هي الطريقة الوحيدة للعلم بالتشريع وأنه لا يمكن أن تفنى عنها طريقة أخرى ، فلا يقوم مقامها النشر في الصحف العادية ، أو الإذاعة أو أية وسيلة أخرى ، وأن الشخص لا يؤخذ بالقانون لمجرد علمه به فلا قبل نشره في الجريدة الرسمية .

وفي هذا احتياط روعي فيه جانب المخاطبين بالقانون . لذا كان من حقهم ، إن أريد مواظبتهم بمقتضى قانون لم ينشر في الجريدة الرسمية أن يدفعوا بعدم نشر القانون . ولا يرد على دفعهم هذا أنهم كانوا يعلون فعلاً بالقانون من طريق آخر سابق على ذلك النشر . وبذلك كان النشر مرحلة متممة للقانون بالنسبة للمواطنين بمعنى أن القانون وإن كان يعتبر كاملاً وقابلاً للتنفيذ بعد إصداره إلا أنه لا يكون ملزماً لهم إلا بنشره^(١) فالقابلية

(١) فإذا كان تاريخ طبع الجريدة الرسمية التي نشر فيها القانون مختلفاً عن التاريخ التي خرجت فيه الجريمة من الطبعة لتوزيعها كانت السيرة بتاريخ التوزيع لا بتاريخ الطبع . (نقض مدني ، جلسة ٢٤ يونيو ١٩٥٨ ، مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة للندوة السنة التاسعة العدد الثاني رقم ٨١ ص ٦٣٩ ؛ أشار إليه دكتور شمس الدين الوكيل ، النظرية العامة للقانون ط ١ ، ١٩٦٤ ص ٣٢٣) .

للتنفيذ إنما تتعلق بأعضاء الدولة المكلفين بتنفيذ القانون . أما النشر فيعد ركناً في إلزامية القانون للمواطنين .

١٦١ - وتبدأ إلزامية القانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية إلا إذا نص على مدة تنقضى بين نشر القانون وبين العمل به *vacatio legis* وتختلف الدول فيما بينها من حيث تحديد هذه المدة . فن الدول ما تحدد مدة واحدة لا تطول ولا تقصر بحسب بعد المناطق أو قربها من مكان صدور التشريع وهناك ما يدرج هذه المدة على أساس تلك المسافة .

على أنه يلاحظ أن المدة التي تمضى بين نشر القانون والعمل به تكون طويلة في حالة التشريعات الهامة فقد تصل إلى عدة أشهر بل إلى سنة . أو أكثر في حالة التقنيات وذلك لاحتياجها إلى مدة طويلة لإمكان تطبيقها . ومثال ذلك ما حدث في حالة القانون المدنى الحالى الذى أصدر فى سنة ١٩٤٨ ونص على أن يعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ .

الفرع الثانى

التشريع بالمعنى الموضوعى أو المادى

١٦٢ - وهو تشريع تعمله السلطة التنفيذية بدلا من السلطة التشريعية . ولهذا سمي « التشريع بالمعنى المادى » ، لأنه فى حقيقته يضع قواعد قانونية . ولكنه ليس تشريعاً بالمعنى الشكلى لأنه لم يتخذ شكل التشريع .

وينقسم هذا النوع من التشريع إلى تشريع بالمعنى المادى يكون ذا قيمة مادية ، وتشريع بالمعنى المادى يكون ذا قيمة شكلية .

المطلب الأول

تشريع بالمعنى الموضوعي
ذو قيمة موضوعية

١٦٣ - ويقصد بهذا النوع من التشريع أعمال السلطة التنفيذية التي تشمل على قواعد قانونية تكون فاعليتها دون فاعلية القواعد التي يتضمنها التشريع في معناه الشكلي . فاللائحة القائمة بذاتها ، لا يستطيع أن تضع قواعد قانونية تمارض مع قواعد التشريع بمعناه الشكلي . فان فعلت لم يكن لها قيمة قانونية فيما تمارضت فيه مع قواعد التشريع الشكلي .

والتشريع بهذا المعنى يتخذ صوراً عدة . فهناك اللوائح التنفيذية ، والقرارات التنظيمية ولوائح الضبط . ويلاحظ أن سلطة إصدار هذه القرارات واللوائح يخولها الدستور مباشرة للسلطة التنفيذية ولذا كان اختصاصها التشريعي في هذا الخصوص اختصاصاً أصيلاً .

١٦٤ - (١) اللوائح التنفيذية : عندما تضع السلطة التشريعية تشريعاً بالمعنى الشكلي لا تقوم هي بوضع القواعد التفصيلية التي تبين طريقة تنفيذ هذا التشريع بل تترك ذلك للسلطة التنفيذية ، أي أن السلطة التنفيذية يكون لها وهي بسبيل تنفيذ القوانين التي أصدرتها السلطة التشريعية ، أن تضع القواعد التفصيلية التي يتم بها تنفيذ تلك القوانين . وتتمتع السلطة التنفيذية في وضعها هذه القواعد بالتشريع الذي وضعت السلطة التشريعية ، فلا يجوز لها أن تخرج على مقتضى هذا التشريع ولذا لم يكن في اختصاص السلطة التنفيذية بوضع القواعد التنفيذية ما يخشى منه على ذلك التشريع . ولقد نصت المادة ١٢٢ من الدستور على أن رئيس الجمهورية يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين وله أن يفوض غيره في إصدارها ، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه .

١٦٥ - (٢) القرارات التنظيمية : تنص المادة ١٢١ من الدستور على أن رئيس الجمهورية يصدر القرارات اللازمة لترتيب المصالح العامة . وقد كان إصدار هذه القرارات من اختصاص السلطة التنفيذية لأنها هي التي تتولى إدارة هذه المصالح وهي المستولة عن هذه الإدارة فكانت لذلك أكثر إلحاحاً من غيرها بمقتضيات هذه المصالح وبالتنظيم التي تناسبها^(١) .

وتسمى هذه القرارات التنظيمية باللوائح القائمة بذاتها لأنها لا تتوقف على تشريع سابق بل تبتغى تكميل النظام القانوني عن طريق وضع قواعد قانونية قائمة بذاتها في حدود الاختصاص المخول للسلطة التنفيذية .

١٦٦ - لوائح الضبط : وهي عبارة عن مجموع القواعد القانونية التي تضعها السلطة التنفيذية للمحافظة على الأمن ولصيانة الصحة العامة ، وهذه القواعد لا تتوقف كذلك على تشريع سابق تنظم تنفيذه . ومثالها لوائح تنظيم المرور ، ومراقبة الأغذية ، والباعة المتجولين ، والمحال المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة وأماكن اللهو الخ ... ولقد نص الدستور على هذا الاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية ، إذ جاء في المادة ١٢٢ : يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط

المطلب الثاني

تشريع بالمعنى المادى له قيمة التشريع الشكلى

١٦٧ - ويقصد بهذه العبارة نوع آخر هام من أعمال السلطة التنفيذية يشتمل كالنوع السابق على قواعد قانونية . ولكنها تختلف عن قواعد النوع السابق من حيث مدى فاعليتها إذ أنها يمكن أن تخالف تشريعاً بالمعنى الشكلى بل تستطيع أن تلغى مثل هذا التشريع .

(١) سليمان مرقس ، للدخل للعلوم القانونية ، ١٩٥٢ من ٧٠٧ .

ثم إن هذا الاختصاص التشريعي ليس كسابقه اختصاصاً أصلياً وذلك لأنه إما خاضع لرقابة لاحقة من جانب مجلس الأمة وإما حاصل بناء على تفويض من مجلس الأمة نفسه . ويتفرع على هذا أن تكون لأعمال السلطة التنفيذية التي من هذا النوع نفس القيمة الموضوعية التي للتشريع في معناه الشكلي ولذا فإنه يستطيع أن يلغى التشريع الشكلي أو أن يخالفه .

ولهذه القرارات صورتان : قرارات تصدرها السلطة التنفيذية في حالة الاستعجال ، وقرارات تصدرها السلطة التنفيذية بناء على تفويض من السلطة التشريعية .

١٦٨ - (١) قرارات الاستعجال : وهي قرارات لها قوة القوانين . تصدرها السلطة التنفيذية في حالة الاستعجال دون حاجة إلى تفويض من السلطة التشريعية ، بناء على أن سلامة الشعب هي أسمى قانون *salus populi suprema lex* . ولقد أعطى الدستور هذا الاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية ولكنه أخضع التشريع التي تصدره السلطة التنفيذية بناء على هذا الاختصاص لرقابة مجلس الأمة ، إذ جاء في المادة ١١٩ من الدستور أنه : « إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو فترة حله ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها ، وإذا كان المجلس قائماً ، وفي أول اجتماع له في حالة الحل فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ الاعتراض » .

ويخلص من هذه المادة أن القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية

فما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو في فترة حله عند حدوث ما يقتضى اتخاذ تدابير لا تحتل التأخير ليست قرارات نهائية بل يجب عرضها على مجلس الأمة في المواعيد المبينة في تلك المادة . فان لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرارات بذلك أما إن عرضت فلا يتخلو الأمر : فاما أن يوافق عليها المجلس وإما لا ، فإن لم يوافق عليها زال ما كان لها من قوة القانون وذلك من تاريخ الاعتراض أى بدون أثر رجعى .

على أنه يجوز لمجلس الأمة عند إلغاء هذه القرارات أن يصدر تشريعا ينظم به مصير العلاقات التى نشأت في خلال فترة العمل بهذه القرارات .

١٦٩ - (٢) التشريع التفويضى : وهو التشريع الذى تصدره السلطة التنفيذية بناء على تفويض من مجلس الأمة . ذلك أن مجلس الأمة يجوز له في أحوال استثنائية ، مثلا عندما يكون موضوع التشريع مما لا يتاح للمجلس أن يعبثه بسبب تعقده أو بسبب طابعه الفنى كالتقنيات مثلا ، ففي هذه الحالات يفوض المجلس اختصاصه فيها إلى السلطة التنفيذية . ولقد جاء في المادة ١٢٠ من الدستور أنه : لرئيس الجمهورية في الأحوال الاستثنائية ، بناء على تفويض من مجلس الأمة ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون ، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن يعين موضوع القرارات والأسس التى تقوم عليها .

الفرع الثالث

تدرج التشريع

١٧٠ - يتبين مما سبق أن التشريع درجات : ففي القمة يوجد التشريع الاسامي وهو التشريع الدستوري ، ثم يليه التشريع العادي سواء أ كان تشريعاً بالمعنى الشكلى أو تشريعاً بالمعنى الموضوعى ذى القيمة الشكلية ، أى سواء أ كان تشريعاً صادراً من السلطة التشريعية أم قرارات لها قوة القانون صادرة من السلطة التنفيذية . ثم يأتى بعد ذلك التشريع الفرعى وهو ما تصدره السلطة التنفيذية ، إما للعمل على تنفيذ تشريع (اللوائح التنفيذية) ، وإما تنظيم المصالح العامة (القرارات التنظيمية) ، وإما حفظاً للأمن والصحة العامة (لوائح الضبط) وهذا ما سميناه التشريع بالمعنى الموضوعى ذى القيمة الموضوعية .

١٧١ - ولهذا الترتيب التدرجى أهمية ، ليست نظرية فحسب ، بل عملية أيضاً ، ذلك أن التشريع الأدنى لا يجوز أن يخالف تشريعاً أعلى منه ، فلا يجوز أن يكون التشريع العادى مخالفاً للدستور ، وإلا عد القانون غير دستورى ، ولا يجوز أن يكون التشريع الفرعى مخالفاً للتشريع العادى الأصلى ، فلا يجوز أن يخالف اللائحة قانوناً وإلا عدت غير قانونية . كذلك ومن باب أولى لا يجوز أن يخالف التشريع الفرعى قواعد الدستور وإلا كانت اللائحة غير دستورية . ومن هنا كانت مسألة عدم دستورية القوانين ، ومسألة عدم دستورية اللوائح وقانونيتها . وعدم الدستورية هنا ذو طابع موضوعى ، فيكون التشريع غير دستورى من الناحية الموضوعية إذا كان مخالفاً لقواعد الدستور الموضوعية . وهناك عدم دستورية ذو طابع شكلى ، فيكون التشريع غير دستورى من الناحية الشكلية إذا لم تتوافر فيه الإجراءات التى نص عليها الدستور ، كأن تختلف مرحلة من المراحل التى يجب أن يمر بها التشريع كمرحلة النشر مثلاً .

١٧٢ - وتثير مسألة عدم الدستورية بنوعها الموضوعي والشكلي ، مسألة أخرى هامة وهي إلى حد يكون للقاضي أن يمتنع عن تطبيق تشريع بسبب عدم دستوريته وهذه هي المسألة المعروفة باسم رقابة القضاء لدستورية القوانين واللوائح وهي مسألة أثارت جدلاً كبيراً على ما سنراه عند الكلام في تطبيق القانون .

الفرع الرابع

الإلزامية القانون

وقاعدة . لا يقبل من أحد أن يدمي بحمله القانون ،

١٧٣ - القواعد القانونية ، سواء ما كان منها صادراً من السلطة التشريعية أو من السلطة التنفيذية ، تصدر ملزمة فور نشرها أو بعد ذلك بمدة ينص عليها . وتوسع إلزاميتها إقليم الدولة كله لا فرق في ذلك بين المواطنين والأجانب الذين يوجدون في الدولة ، ولو لم يعلم أى من هؤلاء بصدور القانون أو كان عدم العلم به راجعاً إلى مانع قهرى . بل إن القوانين التي تصدر وتشر تلزم المواطنين المقيمين في الخارج ، في العلاقات التي يحكمها القانون الشخصي ، ولو لم يكن في وسعهم بسبب بعدهم عن الوطن أن يعلموا بالقوانين الوطنية .

١٧٤ - أساس هذه الإلزامية : يقيم الفقه عادة هذه الإلزامية على أساس نظرية قديمة وردت في بعض التقنيات كالتقنين المدنى الفرنسى (١م) تقول إنه من وقت نشر القانون يفترض علم الناس جميعاً به ، وأن هذه قرينة مطلقة على العلم *proesumptio iuris et de iure* بحيث لا يقبل من أحد أن يتخلص من تطبيق القانون عليه بحجة أنه لم يكن يعلم بوجود القانون ، فلا يفترض من أحد الجهل *nemo censetur ignorare legem*

بالقانون وأن الغلط في القانون أو الجهل به لا يعد عذراً *non excusat* بل لقد ذهب بعض الشراح إلى أبعد من ذلك فقالوا إن الغلط في القانون لا يجوز أن يعول عليه البتة من الناحية القانونية ، بناء على أن هذا النوع من الغلط لا يتسامح فيه أبداً وأن الجهل بالقانون أمر غير مشروع وأن من يجهل القانون يكون مخطئاً ، فلا يجوز وفقاً لهذا الرأي أن يطلب شخص إبطال تصرف أبرمه بناء على غلط في القانون كان الدافع له على التعاقد .

١٧٥ - غير أن هذا الرأي يصطدم مع نص القانون (١٢٢م) الذي لا يفرق بين غلط في القانون وغلط في الواقع فكلهما يترتب عليه بشروط معينة إمكان إبطال العقد الذي أبرم بناء على غلط في القانون أو غلط في الواقع : فن يبيع حصته في الشركة بناء على اعتقاده أن حصته هي الثمن $\frac{1}{2}$ وكان اعتقاده هذا هو الدافع له على البيع بحيث لو كان يعلم أن حصته أكبر من ذلك لما أقدم على البيع يجوز له أن يطلب إبطال العقد عندما يتبين أن حصته هي النصف (غلط في القانون) ومن يشتري لوحة بناء على اعتقاده أنها من صنع فنان معين وكان اعتقاده هذا هو الدافع له على التعاقد (غلط في الواقع) يجوز له أن يتمسك بالإبطال عندما يتبين أنها ليست من صنع ذلك الفنان .

١٧٦ - وكذلك انتقدت فكرة إقامة إلزامية القانون على أساس افتراض العلم به بمجرد نشره ، إذ أن مبدأ القرينة القاطمة على العلم بالقانون لمجرد نشره ، وقد كان له مايسوغه في الماضي وقت أن كان القانون ينحصر في عدد قليل من التكاليف ، أصبح أمراً شاذاً في النظام الحاضر حيث يتكون القانون من مجموعة ضخمة ومعقدة من التشريعات الدائمة التي تتطور بسرع رجال القانون أنفسهم عن الإحاطة بهما كانت قدرتهم على متابعة التشريعات . وعلى ذلك يكون اعتبار الشخص عالماً بالقانون هو مجرد مجاز لا يلزم للقول بالزامية القوانين في مواجهة الناس كافة . ذلك أنه عندما

ينص على أن القوانين التي صدرت تصير ملزمة بمجرد نشرها إنما يقصد من ذلك فقط هو القول بالزامية هذه القوانين ، لا افتراض العلم بها .

وعلى ذلك تكون إلزامية القوانين بمجرد نشرها غير راجعة إلى افتراض العلم عند المخاطبين بالقانون بل ترجع إلى ضرورة اجتماعية تقتضي أن تطبق القوانين على الناس كافة ، حتى على من لم يعلموا بها . صحيح أن في هذا تضحية بمصالح بعض الأفراد . إلا أنها تضحية يقتضيها الاستقرار والطمأنينة اللذين لا يتحققان إلا بقطع دابر كل نزاع يتعلق بالعلم أو بعدم العلم بالقانون . ثم إن هذه التضحية لن تقل وطأتها عند ما نلبسها ذلك الثوب المزركش الزائف وهو افتراض العلم .

الحقيقة التي لا يجازيها هي أن القوانين تكون ملزمة للناس كافة بقطع النظر عن علمهم بها . وقد تكون نتيجة ذلك حرص الأفراد على أن يعلموا بالقوانين ولكن لا يجوز إقامة إلزامية القوانين على أساس افتراض العلم بها افتراضاً قاطعاً فضلاً عن أن قاعدة افتراض العلم ليست موجودة في القانون . إن كل ما ورد في القوانين المصرية هي قاعدة أنه لا يقبل من أحد أن يدهى بجهله القانون (م ٢ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية) . ولا تقتضي هذه القاعدة أن يكون أساسها هو افتراض العلم بالقانون بمجرد نشره . بل أساسها هو الضرورة الاجتماعية التي تقتضي أن تسرى القوانين على الناس كافة ولو لم يكونوا على علم بها . ولذلك لا يحل لأحد أن يحتج بجهله القانون بقصد إعفاء نفسه من طائلة القانون أو بقصد تفادي النتائج التي تترتب على عدم تنفيذ القانون .

ويصدق هذا على جميع القواعد القانونية سواء في ذلك القواعد المطلقة (الأسرة) والقواعد المسكلة لإرادة الطرفين ، فهذه وتلك ملزمة للأفراد إلزاماً لا يتوقف على العلم بها .

١٧٧ - وهنا نشور مسألة أخرى : إن القانون يجيز لمن أبرم تصرفاً بناء على غلط في القانون دفع به إلى التعاقد أن يتمسك بالإبطال . فكيف يتفق هذا مع قاعدة أنه لا يقبل من أحد أن يحتج بجهله القانون ؟

يفهم من قول بعض الشراح أن القاعدة الأولى استثناء من القاعدة الثانية . وهو استثناء مقيد بشروط ، هي أن يكون الغلط جوهرياً ، وإن يكون المتعاقد الآخر واقفاً في نفس الغلط أو أن يكون على علم به أو يكون من السهل عليه أن يقينه .

والذي نختاره هو الفصل بين مسألة إلزامية القوانين بمجرد نشرها وبين مسألة تأثير الجهل بالقانون على التصرفات القانونية . ففرق بين أن يتمسك الشخص بجهله القانون بقصد التخلص من أحكامه ، وبين أن يبرم الشخص تصرفاً تحت تأثير غلط في القانون ثم يطلب الحماية المقررة لحسن النية ولو بالاستناد إلى الغلط في القانون . ففي الحالة الأولى يريد الشخص استبعاد حكم القانون وفي هذا أساس مبدأ إلزامية القوانين ولهذا لا يجوز . أما في الحالة الثانية فلا يترتب على إبطال التصرف أى أساس بالزامية القوانين ، بل تطبيق لها ، بمعنى أن من يتمسك بغلطه لا يريد إلا العمل على احترام القوانين وتطبيقها تطبيقاً سليماً . ولهذا جاز التمسك بالإبطال لغلط في القانون .

الفرع الخامس

الفن التشريعي والصياغة القانونية

١٧٨ - الفن التشريعي هو فن وضع قواعد سهلة الفهم ميسورة التطبيق تكون متفقة مع مقتضيات العصر الاجتماعية . وثمة طريقتان في وضع النصوص ، طريقة قديمة بدائية تسمى طريقة الحلول الجزئية ، وطريقة حديثة ، هي طريقة الحلول العامة .

١٧٩ - (١) طريقة الحلول الجزئية : وكانت تتحقق بإحدى صورتين : صورة إيجابية وصورة سلبية :

(١) فإما أن يحاول المشرع تنظيم كل ما يمكن أن يدور بخلافه من حالات خاصة ، ويعطى لكل حالة الحل الذى يتفق مع طبيعتها ومقتضياتها . وهو يقصد من هذا إلى تحقيق أمل سازج هو استيعاب كل ما يمكن من صور الحياة القانونية المختلفة . وعيب هذه الوسيلة الإيجابية هو أنها تؤدي إلى وضع عدد كبير من النصوص القانونية تنسم بكثرة التفصيلات وعدم الانسجام . ثم إنها تكون دائماً خلف الحقيقة ، إذ مهما كان حرص المشرع على أن يتوقع كل شيء . لا بد أن يظهر شيء لم يتوقعه فالحقيقة أخسب وأغرب من أن يسعها خيال المشرع . وبذلك يكون قصارى ما تصل إليه هذه الوسيلة هي وضع تنظيم مفصل تفصيلاً لا تقتضيه ضرورة ، ومعقد ومتناثر ، وكثير الثغرات بصفة خاصة .

(ب) وإما أن يتفادى المشرع وضع قواعد محددة ، فيترك للقاضى مهمة بحث كل حالة على حدة ، ووضع الحل المناسب لها فى ضوء الظروف التى تكثف كل حالة والتي تختلف من حالة لأخرى . فبدلاً من أن يضع المشرع قاعدة تحدد سناً يعتبر بلوغها دليلاً على بلوغ شخص درجة النضج العقلى ، يترك للقاضى بحث حالة كل شخص صغير السن ليعرف ما إذا كان قد بلغ نضجه العقلى درجة تكفل له إدراك مدى الالتزامات التى يتحمل بها عند إبرامه تصرف قانونى . إلا أن هذه الوسيلة السلبية تجرد القانون من موضوعه الأساسى ثم هي تؤدي إلى عدم الاستقرار وزوال العلمانية فى التعامل .

١٨٠ - (٢) طريقة الحلول العامة : لذلك هجرت التشريعات الحديثة طريقة الحلول الجزئية ، فلم يعد مهما هو تعقب الحقيقة فى مختلف أوضاعها .

وأصبحت تميل أصلاً إلى طريقة الحلول العامة التي تقوم على التجريد والتعميم فتستبعد من الحالات الخاصة التي يراد تنظيمها كل العناصر التي لا أهمية ، ويصطنع منها فقط الحالات النموذجية التي يضع بشأنها النص القانوني .

ولنضرب مثلاً يوضح الفرق بين الطريقتين : في تحديد مسؤولية شخص عن خطئه يكون مقتضى الطريقة القديمة هو بيان جميع الأحوال التي يمكن أن تنشأ عنها المسؤولية حالة بما يؤدي إلى سرد قائمة طويلة من هذه الحالات ، وهي مع ذلك لن تحصر كل الأحوال . أما الطريقة الحديثة فتحدد في صيغة عامة وبمجردة النطاق الكلي للحالات المسؤولية فتكتفي بذكر عناصر المسؤولية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما فتقول كل خطأ سبب ضرراً يلزم من ارتكبه بالتعويض .

١٨١ - السياسة القانونية : وعندما يحاول المشرع أن يضع القواعد القانونية يستهدى بما يسمى السياسة القانونية وهي تلك التي تبين الأهداف التي يراد من القانون تحقيقها ، والتي تترسم الحقائق الاجتماعية التي يستمد منها المشرع المادة التي يصوغ منها القانون . هذه الحقائق الاجتماعية تعتبر المادة أو الجوهر الذي يصاغ منه التشريع ، وهي تفرض نفسها على المشرع كما تفرض المادة الخام نفسها على المثال .

١٨٢ - أنواع الحقائق الاجتماعية : ويقسم جيني في كتابه (العلم والصياغة في القانون الخاص) هذه الحقائق إلى أربعة أنواع :

(أ) حقائق واقعية *le donné réel* : وهذه تشمل جميع الحقائق الطبيعية التي تحيط بالإنسان ، سواء أ كانت حقائق فيزيائية (كاتحاد الجنسين ومدة الحمل وضعف الأطفال ، والمناخ ، والوسط الجغرافي) أو حقائق نفسية (كالشعور الأخلاقي عند الناس والشعور الديني) .

(ب) الحقائق التاريخية le donné historique : وهذه تشمل مجموع التراث القانوني الذي آل إلينا عن سبقونا والتطورات التي مر بها هذا التراث القانوني .

(ج) الحقائق العقلية le donné rationnel : وتشمل القواعد التي يستخلصها العقل من الحقائق الطبيعية والتاريخية .

(د) الحقائق المثالية le donné idéal : وهي تشمل آمال الإنسانية وأمانها في النهوض بالقانون الوضعي . وتختلف الحقائق المثالية عن الحقائق العقلية ، فالثانية تنقسم بالشمول والثبات أما الأولى فتتسم بالتطور والرق بالقانون إلى ما هو أحسن ، فهي تهدف إلى ما يجب أن يكون .

١٨٣ - الصياغة القانونية : وإذ يتعرف المشرع على الحقائق الاجتماعية بمختلف أنواعها ، التي سيصوغ منها القواعد الملائمة لما تمينه السياسة القانونية من أهداف يراد تحقيقها ، يتعين عليه أن يصوغ تلك القواعد على نحو يجعلها سهلة التطبيق العملي . وللوصول إلى هذا يستعمل وسائل مختلفة يتكون من مجموعها ما يسمى الصياغة القانونية Technique juridique

ويقسم جيني طرق الصياغة القانونية إلى نوعين : طرق صياغة مادية وطرق صياغة معنوية .

١ § - طرق الصياغة المادية

١٨٤ - وهي طرق تتميز بأن لها طابعاً خارجياً وأنها تقصد إلى تحقيق الطمأنينة ، بمعنى أنه إذا اتبع الأفراد هذه الطرق كان من حقهم أن يطعنوا إلى حماية مصالحهم ، وأنه إذا اتبعها الحكام ساخ لهم أن يطعنوا إلى طاعة المحكومين .

ومن أمثلة هذه الطرق المادية :

١٨٥ - (أ) - إحلل التحديد الكمي محل التحديد الكيفي . ومعنى هذا أن المشرع ؛ بدلا من أن يحدد الشيء بصفته أو كيفه ، بما قد يؤدي إختلاف الآراء وتضاربها ، يفضل أن يحدده تحديداً كنياً أو عددياً ينقطع عنده دابر كل خلاف في التطبيق ، مما يتيح للقاعدة القانونية أن تكون سهلة التطبيق من الناحية العملية . فالقاعدة المتعلقة بالتقادم كان يمكن أن تصاغ صياغة وصفية بأن يقال « كل من يضع يده على عين مدة طويلة تحمل الغير على الاعتقاد بأنه مالك للعين يصبح مالكا لتلك العين بالفعل ، إلا أن صياغة القاعدة على هذا النحو يؤدي دائماً إلى وقوع النزاع حول مقدار المدة التي تكفي لحل الغير على الاعتقاد في ملكية واضع اليد ، مما يجعل القاعدة المصوغة على هذا النحو غير ميسورة التطبيق في العمل . لهذا يصوغ المشرع فكرة التقادم صياغة عددية فيحدد مدة معينة تقطع دابر كل خلاف فيقول ، كل من وضع يده على عين مدة خمس عشرة سنة ظاهراً عليها يظهر المالك يصير مالكا لها بالفعل . وكذا القول في الأهلية إذ يستبدل المشرع بالتحديد الوصفي أو الكيفي لأهلية الشخص تحديداً كنياً ، فبدلاً من أن يقول يكون الشخص ناقص الأهلية كلما لم يبلغ درجة النضج العقلي التي تمكنه من إدراك خطورة ما يهرمه من تصرفات يقول كقاعدة عامة ، كل من لم يبلغ سن الحادية والعشرين يكون ناقص الأهلية . وبذلك يستبدل بنقص الأهلية الطبيعي الذي يصعب التحقق منه ، نقص أهلية قانوني يسهل معرفته .

١٨٦ - (ب) الشكل : وهذا مثال آخر من أمثلة الصياغة المادية ، مؤداه أن يضع المشرع قواعد تقتضي الأفراد أن يتبعوا أشكالاً معينة . فيما يرمونه من تصرفات قانونية . هذه الأشكال لا يقصد بها المشرع تحقيق هدف في ، كما كان الحال في القانون الروماني ، وإنما يقصد بها حماية الأفراد

من خطورة بعض التصرفات القانونية : فبها العقار مثلاً تصرف خطير ، إذ يتجرد بها مالك العقار من ملكية ذلك العقار دون مقابل . وقد يلجأ الشخص إلى هذه الهبة تحت تأثير عاطفة مؤقتة لا تلبث أن تزول لمضت فترة من الزمن ، لذلك يوجب المشرع أن تقع هبة العقار في صورة رسمية ، قاصداً من ذلك تصعيب الطريق وإطالة المدة التي تلزم للقيام بالإجراءات ، بما قد يترتب عليه أن تبرد في الشخص تلك العاطفة الجامعة التي كانت هي الدافعة له على الرغبة في إبرام الهبة . وكذا القول في الرهن (التأمين) للعقار ، إذ الرهن من العقود الخطيرة بالنظر إلى أن الغالب فيه أن ينتهي إلى بيع العقار المرهون عند عجز المدين الرامن عن الوفاء بالدين الذي رهن العقار ضماناً للوفاء به ، لذا يحاول المشرع أن يثني عزم مالك العقار عن رهنه فيوجب عليه أن يتبع طريق الرسمية في الرهن ، وهو طريق شاق وطويل ، قد تكون نتيجة الاضطرار إليه عدول مالك العقار عن إقراض المبلغ الذي يضطر من أجله إلى رهن العقار ضماناً للوفاء .

١٨٧ - ومن قبيل الشكل أيضاً إشتراط المشرع أن يكون الإثبات بالكتابة فيما يزيد قيمته على مبلغ معين ، وإشتراط الكتابة في انعقاد أنواع معينة من العقود ، كمقد الشركة الذي يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً (م ٥٠٧) ، أو في إثبات عقود أخرى كمقد الصلح ، الذي لا يثبت إلا بالكتابة أو بحضور رسمي (م ٥٥٢) ، والكفالة التي لا تثبت إلا بالكتابة (م ٧٧٣) .

ومن قبيل ذلك أيضاً إشتراط المشرع تسجيل التصرفات العقارية الناقلة للملكية ، إذ يوجب المشرع التسجيل لإمكان إنتقال الملكية بين الطرفين وفي مواجهة الغير (وهو من لم يكن طرفاً في التصرف) .

§ ٢- طرق الصياغة المعنوية

١٨٨ - وهذه طرق تنسم بطايعها المنطوق ، وبأنها من عمل العقل ، وهي تستجيب لرغبة عند الإنسان في التوضيح والتبسيط . ومن أمثلة هذه الطرق .

١٨٩ - (١) الطوائف والتقسيمات *Catégories et classifications* : ويلجأ الفقه إلى هذه الطريقة لتمييز عناصر الحياة القانونية بعضها من بعض ، فيعمد إلى تقسيمها بحسب طبيعتها مثلا إلى طوائف *catégories* ، كأن يقسم تلك العناصر إلى الطوائف الرئيسية الآتية : وهي الأشخاص ، والأشياء ، والحقوق ، والتصرفات القانونية ، والوقائع القانونية ، ثم يقسم كل طائفة من هذه الطوائف إلى طوائف أخرى ، فيقسم الأشخاص إلى اشخاص طبيعيين وأشخاص اعتباريين ، والأشياء إلى أشياء مادية وأخرى معنوية ، أو إلى منقولات وعقارات ، والحقوق إلى حقوق عينية وحقوق ذاتية ، والتصرفات إلى تصرفات من الجانبين وتصرفات من جانب واحد ، أو إلى تصرفات بعوض وتصرفات بغير عوض ، والوقائع إلى وقائع إرادية وأخرى غير إرادية ، أو تقسيمها من الناحية الجنائية إلى جنابات وجنح وغالفات .

ولهذه التقسيمات أهمية ليست نظرية فحسب بل عملية أيضاً ، إذ تخضع كل طائفة لقواعد قانونية لا تخضع لها غيرها من الطوائف الأخرى المقابلة .
١٩٠ - *présomptions* : القرائن : وهذه أيضاً طريقة من طرق الصياغة المعنوية مؤداها إزال واقعة يغلب حدوثها منزلة الواقعة التي حدثت بالفعل ، أى أن هذه الطريقة لا تستند إلى حقيقة ثابتة بل إلى غلبة حدوث الشيء .

فتلا الغالب أن حصول المؤجر على أجرة شهر لاحق يدل على أنه

قبض أجرة الشهر السابق ولهذا يجعل المشرع قبض المؤجر أجرة شهر مارس قرينة على أنه قبض شهر فبراير ، أخذاً بالغالب .

والقرينة ، بوصفها دليلاً ، تكون قابلة للاثبات العكسي وتسمى عندئذ قرينة بسيطة فيجوز للمؤجر في المثال السابق أن يثبت أنه لم يقبض أجرة شهر فبراير رغم أنه قبض أجرة شهر مارس .

ولكن قد يجعل المشرع القرينة قاطعة بحيث لا يجوز إثبات عكسها ، وهو يهدف من ذلك إلى تحقيق الصالح العام . مثال ذلك أن المشرع لكي يمنع تضارب الأحكام ويحافظ على ثقة الأفراد في أحكام القضاء يفترض بصفة قاطعة أن الحكم متى صدر يكون مطابقاً للحقيقة ، وعلى أساس هذه القرينة القاطعة ، التي لا يجوز إثبات عكسها ، يضع قاعدة مؤداها أنه لا يجوز للنحوم أن يرفعوا الدعوى مرة ثانية بشأن نزاع فصل فيه ، إذ أن رفع الدعوى بشأن النزاع نفسه مرة ثانية معناه محاولة إثبات أن الحكم لم يكن مطابقاً للحقيقة وقد افترض القانون بصفة قاطعة مطابقة الحكم للحقيقة . وهنا يستخدم المشرع القرينة القاطعة لأغراض تشريعية فيجعل منها أساساً لقاعدة حجية الأمر المقضي أو عدم جواز رفع الدعوى لسبق الفصل فيها . وبهذا تسام القرينة في صياغة القاعدة القانونية (١) .

١٩١ - المجاز fiction : سبق أن قلنا في مكان آخر إن المجازات القانونية هي من وسائل الصياغة القانونية أو التشريعية ، وإنها وسيلة مؤقتة يلجأ إليها إلى حين الكشف عن الأفكار الملائمة للغرض الذي يراد تحقيقه .

ويلاحظ أن الصياغة القانونية قد تبتعد عن الحقيقة في بعض الأحوال كما في القرائن حيث يستند المشرع فيها لا إلى الحقيقة بل إلى الاحتمال ، أو هو يحوم حول الحقيقة أو يقترب منها . بخلاف الحال في المجاز فهو

وسيلة مناصرة للحقيقة تمام المغايرة . وهنا تصل الصياغة القانونية إلى أقصى درجات التصنع ومغايرة الحقيقة . ولهذا يرى الشراح وجوب الاقتصاد في المجاز والاقتصار فيه على ما ورد منه في التشريع وعدم التوسع في تفسيره .

ومن الأحوال التي يفيد فيها الالتجاء إلى المجاز ، حتى توجد وسيلة أخرى ، ما يسمى بالشخصية الاعتبارية ، حيث يخلق المشرع من العدم كائناً خيالياً يعتبره شخصاً يتمتع بشيء من الأهلية التي يتمتع بها الشخص الطبيعي ، وكذلك عندما يصور المشرع شيئاً بصورة يخالف حقيقة فيلمحه في الحكم بشيء آخر مناقض له كما في المقار بالتخصيص ، وفي المنقول بحسب المآل . فما يسمى المقار بالتخصيص هو أشياء في حقيقة منقولة كالماشية الملحقة بالأرض وأدوات الزراعة المخصصة للأرض ولكن بالنظر إلى كونها مخصصة لخدمة الأرض يعتبرها القانون عقارات (بالتخصيص) على خلاف طبيعتها وهو يقصد من إلحاقها في الحكم بالأرض التي تخصصت لخدمتها ألا يجوز الحجز عليها منفصلة عن الأرض حتى لا تتعطل زراعة الأرض . والمنقول بحسب المآل ، كالنزل يباع ألقاضاً وهو لا يزال قائماً ، هو عقار بطبيعته ولكن يعتبره القانون منقولا على خلاف الحقيقة بالنظر إلى ما سيؤول إليه أمره ، ويقصد الشارع من هذا أن يأخذ هذا المقار حكم المنقول في البيع أو الرهن أو الحجز .

الفرع السادس

التقنين

Codification

١٩٢ - إلى هنا كان كلامنا مقصوراً على التشريع في ذاته . وتكلم الآن في ظاهرة أخرى هي أنه قد توجد داخل الدولة الواحدة تشريعات عدة تعالج كل منها نظاماً قائماً بذاته أو طوائف مختلفة من العلاقات

الاجتماعية . ثم إنه كلما اتسعت العلاقات الاجتماعية وتوسعت كثرت التشريعات حتى تستطيع مواجهة الحاجات الجديدة . ثم قد توجد إلى جوار التشريعات أعراف متعددة . ويكون من شأن هذا وذلك أن توجد عدة تشريعات متناثرة ، غير متسقة ، يعارض بعضها بعضاً وقد يقع فيها التكرار . وعندئذ تصعب الإحاطة الكافية بحالة النظام القانوني ويكون التطبيق السليم أمراً غير ميسور . لهذا تبرز الحاجة في وقت معين إلى صهر كل هذه التشريعات والأعراف في تشريع واحد توضع فيه القواعد الأساسية في التشريعات والأعراف السابقة ، بعد ترتيب هذه القواعد وتبويبها وحذف المكرر منها واستبعاد ما فيها من تناقض ثم إدماجها في كتاب واحد . والعملية التي يتحقق بها هذا الغرض تسمى التقنين Codification ويسمى الكتاب الذي يضم ذلك التشريع الواحد بمجموعة أو مدونة Code .

ومن ثم يكن تعريف التقنين بأنه جمع القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون وترتيبها وتبويبها وإزالة ما فيها من تكرار وتناقض ثم وضعها في كتاب يسمى بمجموعة أو مدونة (Code) . كما يمكن تعريف المجموعة بأنها كتاب يضم جملة النصوص التشريعية المتعلقة بفرع معين من فروع القانون . ومثالها المجموعة المدنية ، ومجموعة الإجراءات المدنية والمجموعة الجنائية ومجموعة الإجراءات الجنائية الخ . .

١٩٣ - والتقنين ظاهرة تتحقق في معظم الدول في وقت معين من تاريخها ، فهو يستهدف بصفة أساسية توحيد القانون في البلاد التي لم يكن فيها القانون موحداً .

وقد يحصل التقنين أيضاً في البلاد التي وحد فيها القانون من قبل ، ويكون المقصود من التقنين في هذه الحالة ضم التشريعات المختلفة في مجموعة واحدة لتسهيل دراستها والتعرف عليها وليتكون منها كل متسق ومنظم . ومثال ذلك في الوقت الحاضر تقنين تشريعات العمل . وكذلك قد تعمد

الدول التي يسد فيها القانون العرفي إلى تقنين جزء من الأعراف السائدة فيها عندما تفسر الحاجة إلى تقييد هذا الجزء فتجعل منه بذلك قانوناً مكتوباً، وكذلك يلجأ إلى التقنين عندما يراد إدخال قانون أجنبي كما حدث في مصر من قبل ، ولو أن هذه العملية الأخيرة لا تعتبر تقنيناً بالمعنى الفني .

١٩٤ — مزايا التقنين : وللتقنين مزايا علمية والعملية والسياسية :

فن الناحية العلمية يؤدي التقنين إلى إزالة التعارض والتكرار في التشريعات المتعددة ، ويساعد على إظهار التشريع في صورة متناسقة ومحكمة ، وكاملة . حتى لقد ذهب أنصار التقنين إلى أن أهم خواص المجموعة أو المدونة هو الكمال بمعنى أنها يجب أن « تشتمل على جميع الالتزامات التي تقع على المواطنين » . ولقد نشأ عن انتصار حركة التقنين أن صار الكمال هو المثل الأعلى الدائم عند الفقيه ، إلى حد أن اعتبر التقنين أحد الدوافع التي اتسم بها ذلك التيار الفكري القانوني ، الذي ساد في القرن الماضي ، والمسمى الوضعية القانونية *Positivisme juridique* .

ومن الناحية العملية يترقب على التقنين تيسير البحث عن أحكام القانون بعد أن جمعت كلها في كتاب واحد ورتبت ورويت . وهذا كما يفيد القضاء والفقهاء يفيد المتقاضين الذين تسهل عليهم معرفة التشريعات بعد أن زال عنها الغموض والشكوك ، مما يزيد ثقتهم بها .

ومن الناحية السياسية يؤدي التقنين إلى توحيد البلد الواحد إذا كان مكوناً من عدة ولايات ، كما يساعد على التقريب بين الدول التي تتشابه فيها النظم القانونية . بل إن التقنين يعتبر مظهراً من مظاهر الحرية والديمقراطية في الدولة ، إذ يترتب عليه زوال عيبن يوجدان دائماً في الدول التي تتنكر للحرية والديمقراطية ، وهما الأثر الرجعي للقوانين وانعدام الرقابة من جانب الشعب ، والتي يسود فيها نظام القانون القضائي .

١٩٣- ولقد نجحت تجربة التقنين في فرنسا وترتب على ذلك أن اندفع كثير من الدول إلى محاولة عمل تقنينات في بلادها أسوة بما فعلته فرنسا ، على أثر نشر تقنين نابليون عام ١٨٠٤ . ومع ذلك فقد ثار الخلاف في ألمانيا حول فائدة التقنين . وتألفت مدرستان : إحداهما تناصر فكرة التقنين وكان يتكلم بلسانها الفقيه Thibaut الذي نشر في عام ١٨١٤ في هيدلبرج كتاباً بعنوان « حول ضرورة عمل مجموعة مدنية عامة لألمانيا ، بين فيه أنه يجب عمل تعديل كامل للقانون ، بسبب أن المجموعات القديمة الوطنية كانت مجموعات خاصة غير متفقة مع ظروف الجماعة الألمانية ، وأن القوانين التي كانت سائدة في ألمانيا في ذلك الوقت (القانون الروماني والقانون الكنسي) كانت قوانين أجنبية تتنافر مع طبيعة شعب ألمانيا . ولهذا نادى بأن تعمل مجموعة قانونية واحدة لكل البلاد الألمانية وناشد الفقهاء أن يسهموا جميعاً في عمل قانون وطني يتفق مع عادات الشعب الألماني ومصلحه .

أما المدرسة الثانية ، فكانت تعارض فكرة التقنين وكان يرأسها الفقيه سايني مؤسس المذهب التاريخي ، والذي قاوم الدعوة إلى عمل تقنين لألمانيا مقاومة عنيفة ، ولقد نشر في نفس العام (١٨١٤) كتاباً هاجم فيه حجج الداعين إلى عمل تقنين ، وذكر العيوب التي ينطوي عليها كل تقنين ، وكان يستند في رأيه على فكرة كانت محور المذهب التاريخي الذي نادى به ، وهي أن القانون ، كاللغة ، يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالبيئة التي ينشأ فيها وأنه لا بد أن يتطور بتطور الجماعة ، وأن حبس القانون في مدونة وصبه في قالب جامد إنما يترتب عليه شل حركته ومنعه من التطور وفقاً لتطور الجماعة . ولكن لما كان من المستحيل منع القانون من التطور فإن النتيجة الحتمية للتقنين هي أنه بعد مضي مدة معينة ، يكون القانون قد تطور في خلالها ليستجيب لحاجات الجماعة المتطورة ، يصبح التشريع المقتن مجرد صورة لما كان عليه الحال في الماضي . ويضيف سايني إلى ذلك أن تدوين التشريع لن يكون

في مصلحة العدالة إذ أنه سيضع القاضى أمام تشريع جامد يكون في نفس الوقت ناقصاً لأنه لا يمكن أن يكون قد اشتمل على كل شيء . وبذلك توجد حالات لم ينص عليها وستعرض حالات جديدة لم تدر بخلد المشرع وستكثر هذه الحالات كلما بمد المهد بالجماعة من الوقت الذى قن فيه التشريع . وكل هذا لابد أن يقضى إلى تحكم القضاء .

ولكن الوقائع نفسها تكفلت بفض النزاع الذى ثار بين أنصار التقنين وأعدائه . ذلك أن معظم دول أوروبا قد قننت تشريعاتها في غضون القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين . وكان من بين هذه الدول ألمانيا نفسها التى قننت تشريعها المدنى عام ١٩٠٠ .

١٩٣ - وصحح أن التقنين إلى جانب ماله من مزايا توجد له مساوئ . تتمثل في الآثار النفسية التى تترتب عليه عند الفقهاء .

ذلك أنه ما يكاد يتم التقنين حتى يكتسب في أذهان الفقهاء نوعاً من التقديس - إلى حد اعتباره عملاً نهائياً ، خالداً ، لا يلى ، يجب احترام ما جاء فيه ولا يجوز المساس به إلا في حذر شديد وبمقدار ما تمس الحاجة الشديدة إلى إجراء تعديل فيه . ولقد ترتب على هذا أن ظلت مشروعات التفتيح رديحاً طويلاً من الزمن غير مرغوب فيها .

ثم ما يلبث الفقهاء أن ينظروا إلى التقنين على اعتبار أنه المصدر الوحيد في تكوين القانون ، وأنه كامل أحصى كل شيء وأعطى الحلول لجميع المسائل التى تنشأ من علاقات الأفراد اليومية . حتى لقد ظهرت في خلال القرن التاسع عشر ، على أثر صدور التقنينات المختلفة ، نظرية تسمى « نظرية كمال التقنين » مؤداها أنه من سمات التقنين أنه يكون كاملاً بمعنى أنه يشتمل على حل لكل ما يعرض في الحياة من مسائل . وكان هذا القول من بين الحجج التى استند إليها الداعون إلى التقنين . ولما انتصرت حركة التقنين أصبح

التقنين علماً يلوح به أنصار مذهب القانون الوضعي ، الوضعيون القانونيون ، الذين ذهبوا إلى حد القول أنه لا يمكن أن يوجد نقص في التقنين . وهذا طبعاً قول لا يتفق مع الواقع .

١٩٤ - غير أن هذه المآخذ تفقد أهميتها إذا فهم التقنين على وجهه الصحيح واتبع في عمله الفن التشريعي السليم :

(١) فالتقنين ليس تسجيلاً لقواعد قانونية ثابتة لا تتغير وإنما هو ترتيب القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون وإزالة التناقض بينها ومحو المتكرر منها وذلك لتسهيل البحث عن القواعد القانونية سواء للشفتلين بالقانون أو لفريقهم . ثم لا يجوز النظر إلى التقنين على أنه عمل كامل ، إذ مهما كان حرص واضعيه على تضمينه الحلول لجميع المسائل ، لا بد أن تترك حالات دون تنظيم ، وأن تنشأ حالات جديدة لا يكون لها حل في التشريع ، ضرورة أن الحياة متطورة متجددة . ومن هنا وجب التسليم بأن النقص في التشريع أمر حقيقي . مهما قال الوضعيون القانونيون في سبيل إنكار هذه الحقيقة .

ثم لهذا يجب عدم اعتبار التقنين عملاً نهائياً . فهو عمل يجب مراجعته من وقت لآخر حتى يكون متمشياً مع تطور الجماعة وما تنشأ من حاجيات جديدة . وأن قانوناً لا يراجع لا يلبث أن يصير عتيقاً لا يتفق مع حالة القانون الحقيقية بما يؤدي إلى وجود انفصال بين القانون المجدد في نصوص وبين مقتضيات التماثل التي لا تكف عن الحركة والتطور .

(ب) ويجب أن يتبع في عمل التقنين قواعد الفن التشريعي السليم ، فلا تتبع طريقة الحلول الجزئية التفصيلية ، بل طريقة الحلول العامة التي يمكن تخصيصها بحسب الأحوال التي تعرض في العمل .

كذلك يجب ألا يسرف واضعو التقنين في وضع القواعد القانونية

الجمادة ، بل الأحسن الإكثار من القواعد المرنة التى تتيح للقاضى استعمال سلطته التقديرية عند التطبيق فيعطى لكل حالة ما يناسب ظروفها .

١٩٥ — حركة التقنين فى مصر : ارتبط تاريخ التقنين فى مصر بإنشاء المحاكم . فلما أنشئت المحاكم المختلطة لتنظيم القضاء بين الجاليات الأجنبية ، كان لا بد أن توضع تقنينات تطبقها تلك المحاكم لذلك وضعت عام ١٨٧٥ ست تقنينات هى التقنين المدنى والتقنين التجارى والتقنين البحرى وتقنين المرافعات والتقنين الجنائى وتقنين الإجراءات الجنائية ، أخذت جميعها عن التقنينات الفرنسية باعتبارها فى ذلك الوقت أيسر من غيرها من التقنينات فى التطبيق على الجاليات الأجنبية ، وذلك فيما خلا بعض مسائل أخذ فيها بأحكام الشريعة الإسلامية كالشفعة وبيع المريض مرض الموت وبعض مسائل البيع والإيجار .

وعندما أريد تنظيم القضاء بين المصريين ، على النحو الذى نظم به بين الأجانب ، أنشئت المحاكم الأهلية ، فوضعت لهذه المحاكم تقنينات ست منقولة عن التقنينات المختلطة ، فصدر التقنين المدنى فى أكتوبر سنة ١٨٨٣ وصدرت التقنينات الباقية (وهى تقنين المرافعات ، والتقنين التجارى والتقنين البحرى والتقنين الجنائى) فى نوفمبر ١٨٨٣ .

١٩٦ — إلا أن هذه الحركة لم تكن تقنياً بالمعنى الفنى لكلمة تقنين ، بل كانت تلقى reception لقانون أجنبى استورد من الخارج وأزل منزلة قانون الدولة . ولما يبدأ عهد التقنين بمناه الصحيح عندما أخذت مصر فى تنقيح تلك التقنينات ، فتقن تقنين العقوبات وتقنين الإجراءات الجنائية مرتين ، أولاهما فى عام ١٩٠٤ وثانيهما فى عام ١٩٣٧ واستمرت حركة التقنين فى طريقها :

فى سنة ١٩٤٨ صدر التقنين المدنى الجديد فى ١٦ يوليو ١٩٤٦ وهو

التقنين المدنى الحالى ، ثم تلا ذلك صدور تقنين جديد للرافعات فى نفس العام ونص فيها على أن يبدأ العمل بهما فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم تلا ذلك صدور تقنين جديد للإجراءات الجزائية فى سبتمبر ١٩٥٠ . ولا شك فى أنه ستصدر تقنينات جديدة أخرى بصدد ما لا يزال باقياً فى التقنينات القديمة وهى التقنين التجارى والتقنين البحرى .

المبحث الثانى

العرف

Coutume

١٩٧ - المصدر الثانى للقانون هو العرف : ولقد رأينا أن المصدر الأول هو التشريع . وثمة فرق بين المصدرين : فى التشريع يبدو القانون على أنه إرادة الدولة اتخذت شكلاً رسمياً محدداً فى وثيقة ، لا يوجد القانون بدونها . وهذا هو القانون المكتوب . وهو الظاهرة العادية فى الحياة الدستورية الحديثة . أما فى العرف فيتكون القانون من تلقاء نفسه فى حياة الناس ، بناء على قوة العادة وتحت تأثير حاجات الأفراد . وهو ملزم للأفراد حتى قبل أن يعدلوا به وقبل أن يفسكروا فى وضعه فى صورة نص . وفى التشريع يكون إنشاء القانون إرادياً ، مقصوداً . أما فى العرف فيتكون القانون تلقائياً وبصورة ذاتية ، من خلال أفعال أو سلوك يمارسها بعض الأشخاص أول الأمر ثم يمارسها بعد ذلك أشخاص آخرون عندما يدركون فائدتها ، وهكذا يعم العمل بهذه الأفعال حتى تصبح موحدة ومستقرة وتأخذ طابع الإلزام .

والعرف ، من الناحية التاريخية ، مصدر للقانون سابق على التشريع . فمن المسلم تاريخياً أنه فى الشعوب البدائية القديمة كانت حلاقات الأفراد

تنظم تلقائياً عن طريق العرف . فلما تقدمت المدنية وتشعبت العلاقات الاجتماعية وتزايدت حاجات الناس أحسوا بالحاجة إلى قانون محدد فانتقلوا من مرحلة القانون غير المكتوب إلى مرحلة القانون المكتوب . وبذلك أخذ التشريع مكانه إلى جوار العرف . وأخذت أهمية التشريع تزايد بازدياد الثقافة وازدياد وسائل نشر الفكر الإنساني عن طريق الطباعة . ولما اتسع نشاط الدولة التشريعي واستأثرت الدولة بسلطة وضع القواعد القانونية وأعدت لذلك هيئات مهمتها إصدار قواعد قانونية مكتوبة أصبح التشريع في المحل في حين نزل العرف إلى المرتبة الثانية وأصبح مصدراً احتياطياً للقانون ، لا يرجع إليه إلا عند خلو التشريع من النص القانوني الواجب التطبيق على الحالة المعروضة أمام القاضي .

ويتعلق المصدران ، التشريع والعرف عند وجودهما معاً ، بنوعين مختلفين من العلاقات : بحيث تكون العلاقات منضبطة و محددة ، يجب أن يكون مصدرها هو التشريع ، وعندئذ ينكشف العرف أو يصير عديم الفاعلية . ومثال هذه العلاقات أغلب علاقات القانون المدني . أما حيث تكون العلاقات عامة ومتغيرة (كما في العلاقات التجارية) أو حيث تكون النظم غير محددة ومرتبطة بالظروف السياسية (كما في علاقات القانون الدولي العام) فإن العرف يسترد سلطانه ويبسطه حتى يصل إلى الحد الأقصى من قوته الخلاقية .

إتفق الأول

عناصر العرف

١٩٨ - تعريف : العرف باعتباره مصدراً للقانون هو تكرار احترام الجماعة بصفة عامة ومستمرة وموحدة ، لقاعدة من قواعد السلوك مع الاعتقاد في إلزامية هذه القاعدة .

يخلص من هذا التعريف أن العرف يتكون من عنصرين ، عنصر خارجي (مادى أو موضوعي) وعنصر داخلي (شخصي أو معنوي ، أو نفساني) . وتتكم في هذين العنصرين تباعا .

١٩ - العنصر الخارجي

(المادى أو الموضوعي)

١٩٩ - العنصر الخارجي للعرف هو عبارة عن تكرار ، عام ، مستمر وموحد ، لمسلك معين في ظروف واحدة . ومن هنا يجب أن يتوافر في هذا العنصر الخواص الثلاثة الآتية :

٢٠٠ - (١) فيجب أنه يكرره عاما : وليس معنى هذا أن يكون تكرار المسلك أو اعتياد القيام به حاصلًا من جميع أفراد الجماعة . فهذا شرط لم يتحقق إلا في الجماعات القديمة وقت أن كانت الجماعة قليلة العدد . أما الآن وقد اتسعت الجماعة وتعددت وتنوعت عناصرها قل أن يكون لديها الوقت لتكوين عرف عام . ولهذا يكفي أن يقتصر الاعتياد على فئة محدودة من الجماعة كالصناع أو الزراع أو التجار ، أو البحارة أو الملاك أو المستأجرين الخ . في نطاق هذه الفئة يجب أن يكون الاعتياد عاما ، لامن جانب شخص معين . فلا يكفي لتكوين القاعدة العرفية أن يقع التكرار من تاجر معين بل يجب أن يقع التكرار من عدد غير محدود من أشخاص غير معينين بذواتهم .

ويجب أن يكون هذا التكرار بالنسبة لجميع العلاقات أو لعلاقات من نوع معين ، وأن يقع هذا التكرار في إقليم البلد كله أو في جزء منه فقط فلا يلزم أن يكون العرف عاما دائما ، فهناك الأعراف الخاصة والمحلية .

٢٠١ - (٢) وكذلك يجب أنه يكرره مزمرا : أى على نمط واحد ، فلا يتخلله ، مع بقاء الظروف عينها ، اتباع مسلك مختلف . على أن

هذا الشرط لايعنى أنه يجب أن يتحدهمسلك الجماعة في نفس الظروف اتحاداً مطلقاً ، فشذوذ بعض أفراد الجماعة لا يمنع من اعتبار مسلك معين هو السائد في تلك الجماعة ، وبه يتحقق شرط التشابه أو وحدة النمط .

٢٠٢ - (٣) ويجب أنه يكون التكرار مستمراً : بمعنى أنه يجب أن يتكرر نفس المسلك كلما تحققت نفس الظروف التي أتبع فيها هذا المسلك ، فلا توجد فترات انقطاع لا يتبع فيها نفس المسلك في نفس الظروف . ويجب على كل حال أن يستمر هذا التكرار مدة تكفي للاعتقاد بأن العرف قد تكون . وهذا أمر متروك تقديره لقاضى الموضوع . ولكن لا يلزم تحديد عدد معين من السنين يجب أن ينقضى حتى يستقر العرف ويكتسب قوة . ذلك أن الزمن الذى يجب أن ينقضى في هذا الشأن يختلف من علاقة لأخرى ، فبالا في العلاقات الزراعية تطول المدة اللازمة لتكوين العرف بالنظر إلى بطء هذا النوع من العلاقات في حين تكون هذه المدة قصيرة في العلاقات التجارية حيث تتم هذه العلاقات بالنشاط الضخم السريع وبذلك يكون التكرار سريعاً مما يفيح الاستقرار للعرف في مدة قصيرة . والأمر متروك للقاضى في التعرف على ما إذا كانت المدة كافية لاستقرار العرف .

٢٠٣ - وغنى عن البيان أنه يجب أن يقع التكرار على مسلك يصلح لأن يكون محلاً للتنظيم القانوني . فتكرار العمل الذى يعتبر شخصياً والذى لا توجد بشأنه فكرة الغير لا يصلح لأن يكون محلاً للتنظيم القانوني وبالتالي لا يصلح لتكوين قاعدة عرفية . فاجتياذ الذهاب إلى المسجد أو الكنيسة في أيام معينة واعتياذ التزيى بزي معين في مناسبات معينة يدخل في نطاق حرية الأفراد ولا يتعلق بالغير . ولقد علمنا أن من خواص القاعدة القانونية أن تكون تبادلية فتنشئ حقاً لشخص يقابله واجب تلقيه على هاتق شخص آخر .

على أن هناك قواعد مجاملات يكون لها طابع خارجي تبادلي، وهذه تعتبر عادات اجتماعية . وتندق التفرقة بين علاقات قبي في عداد العلاقات غير القانونية بالنظر إلى صفة المصالح التي تقوم عليها هذه العلاقات ، وعلاقات أخرى تقع في النطاق القانوني بالنظر إلى أهميتها من الناحية الاجتماعية . ومن الصعب وضع حدود دقيقة بين هذين النوعين من العلاقات ، ويكون المرجع فيها إلى الأفكار السائدة في كل بيئة . فرد التحية والقيام بمظاهر الاحترام لا ينتمى إلى النطاق القانوني ولكنها يمكن في ظروف معينة أن تصبح ذات طابع قانوني كالتحية العسكرية .

§ ٢ - العنصر الداخلي

(الشخصى أو النفسى)

٢٠٤ - العنصر الداخلى للعرف يتكون من الاعتقاد بأن اتباع مسلك معين في علاقة معينة أمر ملزم قانوناً بحيث يحس الأفراد أن الانحراف عن هذا المسلك يعد مخالفة للقانون . هذا العنصر الثانى يتكون من اجتماعه بالعنصر الأول (الخارجى) وجود القاعدة العرفية ، أى القاعدة القانونية العرفية .

وعلى هذا العنصر الداخلى تقوم إلزامية القاعدة العرفية . وعلى أساسه لانعتبر قواعد الأخلاق ولا قواعد المجاملات بصفة عامة قواعد عرفية رغم تكرارها إذ ينقصها عنصر الاعتقاد في إلزاميتها من الناحية القانونية . غير أن فريقاً من الشراح المحدثين أخذ يشكك في صحة هذا العنصر الداخلى . وكان من أخطر ما وجه إلى هذا العنصر هو أن إقامة الإلزام في القاعدة العرفية على أساس الاعتقاد في الإلزام يودى إلى الدوران في حلقة مفرغة ، إذ في الوقت الذى يقال فيه إن وجود الاعتقاد في الإلزام هو الذى

ينشئ. القاعدة العرفية يقال إن القاعدة العرفية لا تكون ملزمة إلا إذا كان ثمة اعتقاد في كونها ملزمة .

غير أن هذا النقد يستمد قوته من الخلط بين حالتين مختلفتين : بين كيفية تكوين العرف ، وبين العرف الذي تكون بالفعل . فالواقع أن نشوء الاعتقاد في احترام مسلك معين هو نوع من تطور شعور الجماعة ، بخصوص ضرورة احترام هذا المسلك . هذا الاعتقاد يجب أن يستمر مدة من الزمان في خلالها يكون من المؤكد أن القاعدة العرفية لم توجد بعد . أما إذا تم تطور شعور الجماعة في ضرورة احترام ذلك المسلك نشأت القاعدة العرفية . وعندئذ لا يمتنع أن يكون أساس الإلزام في القاعدة العرفية التي تكونت هو الاعتقاد في إلزاميتها ، أى أن عنصر الاعتقاد يقوم بوظيفتين : تكوين القاعدة العرفية ، وتأسيس إلزامية تلك القاعدة .

افرع الثاني

العادة الاتفاقية والقاعدة العرفية

٢٠٥ - وعلى أساس العنصر الشخصى يميز الفقه بين العادة الاتفاقية والقاعدة العرفية . فالعادات الاتفاقية هي في أصلها شروط توضع في الاتفاقات ثم يضطرد استمالمها على هذا النحو حتى ينتهى الأمر إلى اعتبارها موجودة ضمناً في العقود دون حاجة إلى أن ينص عليها صراحة . وبذلك يكون أساس إلزاميتها للطرفين هو إرادتهما الضمنية . ومن هنا كانت التفرقة بين العادة الاتفاقية والقاعدة العرفية : فالأولى تستند في إلزاميتها إلى إرادة المتعاقدين الضمنية في حين تستند الثانية في إلزاميتها إلى شعور الجماعة بأن احترام هذه القاعدة واجب قانوناً . وبذلك ينقص العادة الاتفاقية لكي تكون عرفاً عنصر الاعتقاد في إلزاميتها من الناحية القانونية أى أنها

تحتوى على العنصر الخارجى للقاعدة العرفية دون العنصر الداخلى . ولذا لم يكن الفرق بين القاعدة العرفية والعادة الاتفاقية فرقا فى الطبيعة بل هو فرق فى الدرجة على اعتبار أن العادة الاتفاقية هى مرحلة فى تكوين القاعدة العرفية^(١) . فإذا ما كثر استعمال العادة الاتفاقية بحيث تعتبر قاعدة فى ذاتها دون ربطها بالإرادة التعاقدية عندئذ تسكتسب تلك العادة قوة القاعدة العرفية . ولكن إلى أن تصل العادة العرفية إلى هذه الدرجة لا تعتبر قاعدة عرفية . ومن هنا لم تكن العادة الاتفاقية قاعدة قانونية .

٢٠٦ — ونظير أهمية التفرقة بين القاعدة العرفية والعادة الاتفاقية من وجوه عدة أهمها :

(١) أنه لما كانت القاعدة العرفية تعتبر قاعدة قانونية وجب أن تثبت لها ميزات القواعد القانونية . ولذا كانت القاعدة العرفية ملزمة كسائر القواعد القانونية ووجب بالتالى على القاضى أن يطبقها ولو لم يتمسك بها الخصوم أو كانوا يجهلون وجودها . ولكن لا يترتب على اعتبار القاعدة العرفية قاعدة قانونية أن تسرى بشأنها قاعدة أن القاضى يعرف القانون *jura novit curia* لما أن علم القاضى بالعرف لا يمكن أن يكون من حيث الشمول والدقة مثل علمه بالقانون ولذا لا يفترض علم القاضى بالعرف ، فإذا كان القاضى يجعل العرف فإنه يستطيع أن يطلب إلى من يتمسك بقاعدة عرفية أن يثبت وجودها ، وهنا تنطبق قاعدة إذا عجز المدعى عن الإثبات برئت ذمة المدعى عليه ، أما إذا كان القاضى على دراية بالعرف فطبقه فإنما يكون فى حدود وظيفته التى تقوم على تطبيق القانون سواء أكان القانون مكتوباً أو غير مكتوب .

أما العادة الاتفاقية ، فلأنها ليست قاعدة قانونية لا يلتزم القاضى

(١) ولهذا لا يسلم بعض الشراح بوجود فرق بين العادة الاتفاقية والقاعدة العرفية .

بتطبيقها إلا إذا طلب ذلك أصحاب المصلحة ، ثم إنها ، إذ تستند إلى إرادة الطرفين الضمنية ، لا تكون ملزمة للطرفين إلا إذا كانا يعلنان بها (بخلاف القاعدة العرفية التي لا تتوقف في إلزاميتها على العلم بها) ، ولا يقع إثباتها على القاضى بل على من يدعيها أن يثبتها ، إذ لما لم تكن قاعدة قانونية لا تتمتع بقاعدة أن القاضى يعرف القانون .

(ب) وإذا كانت القاعدة العرفية قاعدة قانونية فإن الحكم الذى يخالف قاعدة عرفية أو يخطئ في تطبيقها أو في تفسيرها يمكن الطعن فيه بطريق النقض لاسمها أن المادة ٢٥/١ (مرافعات) تجعل من أسباب الطعن بالنقض مخالفة الحكم للقانون لا مخالفته للتشريع .

ويختلف الفقه في مدى ما يمكن أن تشمله رقابة محكمة النقض : إذ يذهب رأى إلى قصر هذه الرقابة على تطبيق العرف وتفسيره من جانب قاضى الموضوع ولا يبسط هذه الرقابة على حكم قاضى الموضوع فيما يتعلق بوجود العرف بعنصره المادى والمعنوى ، إذ يعتبر هذه المسألة من قبيل المسائل الواقعية التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض . في حين يذهب رأى آخر إلى أن رقابة محكمة النقض على حكم قاضى الموضوع المتعلق بالعرف تشمل الأمرين معاً حكمه فيما يتعلق بوجود العرف بعنصره المادى والمعنوى وحكمه في تطبيق العرف وتفسيره .

أما حكم القاضى فيما يتعلق بالعادة الاتفاقية فتعلق بالواقع ومن ثم لا يخضع لرقابة محكمة النقض .

الفصل الثالث

أنواع العرف

٢٠٧ - ينقسم العرف من حيث الإقليم إلى عرف عام إذا كان معمولاً به في إقليم الدولة كله ، وعرف محلي إذا كان مطبقاً في بعض أجزاء الإقليم فقط ، كالعرف المطبق في مناطق تجارية أو زراعية أو صناعية أو في بعض الموانئ النخ .

كما ينقسم من حيث العلاقات التي ينطبق عليها إلى عرف عام إذا كان ينظم جميع العلاقات ، وعرف خاص إذا كان ينظم علاقات معينة فقط كالعرف المتبع في نوع معين من التجارة كتجارة الحبوب أو تجارة المواشي . على أن أهم تقسيات العرف هو تقسيمه من حيث مركزه من التشريع إلى عرف مساعد للتشريع وعرف مكمل لنقص في التشريع .

٢٠٨ - (١) العرف المساعد للتشريع *secundum legem* : هو عرف يجبل عليه التشريع ، (١) إما للاستعانة به في تفسير إرادة المتعاقدين ، (ب) وإما لتكميل اتفاقهما في المسائل التفصيلية التي أرجأ الاتفاق عليها إلى وقت لاحق ثم لم يتوصلا إلى الاتفاق عليها ، (٢) وإما لتكميل مضمون قاعدة تشريعية مرتنة تركت في جزء منها على يياض ليملاء القاضي فيما بعد بناء على سلطته التقديرية (راجع رقم ٩٠ ص ٩٥ وما بعدهما) .

(١) ومثال العرف الذي يساعد في تفسير قاعدة قانونية ماورد في المادة ٢/١٥٠ التي تنهى بأنه ، إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات .

(ب) ومثال العرف الذي يرجع إليه لتكميل اتفاق الطرفين فيما تركاه من

مسائل تفصيلية ثم لم يتوصلا للاتفاق عليها ما جاء في المادة ٩٥ من أنه « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . »

٢٠٩ - (ح) أما العرف الذى يساعد فى تكميل مضمون القاعدة التشريعية المرنة فتوعان : نوع تكون له الأولوية على القاعدة التشريعية لأن الشارع نفسه أعطاه هذه الأولوية . ومثال هذا النوع ما ورد فى المادة ١/٤٥٧ التى تقضى بأن « الثمن يكون مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ، . ومن هذا القليل المواد ٢٢٦ و ٢٢٢ و ٤٦٣ و ٤٦٤ .

ونوع لا تكون فيه للعرف فاعلية قانونية إلا حيث لا تكون الغلبة للقواعد التشريعية . ومثال هذا النوع ما ورد فى المادة ٤٣٢ التى تنص على أنه « يشمل التسليم ملحقات الشئ المبيع وكل ما أهد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ . وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة ... » . ومن نفس القليل المواد ٤٢٢ و ٢/٤٢٣ و ٤٣٣ و ٣/٧٠٢ و ٢/٨٠٧ و ١٠١٩ .

٢١٠ - العرف المحل للتشريع *praeter legem* : وهو العرف الذى يلجأ إليه القاضى لتنظيم حالة لم يرد بشأنها نص تشريعى ، وهو لذلك ينفرد وحده بتنظيم هذه الحالة ، وتكون وظيفته هى سد ما يكون من نقص فى التشريع ، وهو على هذا النحو يكون مصدراً للقانون قائماً بذاته ، إذ هو يتكون على أثر فراغ فى التشريع بخصوص مسألة معينة فكان لذلك الوسيلة الأساسية فى خلق قانون جديد . ولقد نصت المادة الثانية من التقنين

المـنـى فـى هـذه الوـظـيـفة الـمـاهـمـة لـلـعـرف بـقـولـها : « إذا لم يـوجـد نص تـشـريـعـي يـمـكـن تـطـبـيـقه حـكـم القـاضـى بـمـقتضى العـرف .. » ، و هـذا هـو العـرف بـمـعـناه الدـقـيـق .

و من المـسـأـلـة الـتى يـرجـع فـى تـنـظـيـمـها لـلـعـرف المـكـمـل : الـمـقـود غـيـر المـسـهـمـة الـتى غـالبـاً ما تـسـتـمـد أـحـكـامـها مـن العـرف المـكـمـل ، و كـذـلـك بـعـض الأـمـور الـمـتـعـلـقـة بـالشـتـون المـصـرـفـيـة و البـورصـات و المـسـأـلـة البـحـريـة ، و كـذـلـك فـى القـانـون الدـسـتـورـى ، و القـانـون الإـدـارى و فـى القـانـون الدـولـى العـام .

٣١١ - و ثمة فـروـق بـيـن العـرف المـسـاعـد و العـرف المـكـمـل ، نـذـكـر مـنـها ، أن العـرف المـسـاعـد ، عـنـدما يـكـمـل مـضـمـون نص تـشـريـعـي ، قـد يـخـتـلـف حـكـمـه عـن حـكـم النص التـشـريـعـي . و لـقـد رأينا أن المـشـرع نـفـسـه يـعـطـى الأولـويـة لـلـقـاعـدة العـرفـيـة هـلـى القـاعـدة التـشـريـعـيـة (أنظر رـقـم ٢٠٩) . أما العـرف المـكـمـل ، فـلـمـاغ تـشـريـعـي ، فـلا تـتـحـق فـيـه هـذه الظـاهـرة و ذـلـك لأن الفـرض أنـه لـيـس ثمة نص تـشـريـعـي فـى مـسـأـلة مـعـيـنة و بـذـلـك اسـتـحـال تـصـور هـذه الظـاهـرة فـى العـرف المـكـمـل ، فـاـخـتـلـاف حـكـم قـاعـدتين يـقـتـضـى و جـود كل مـنـهما و الفـرض فـى سـالـة العـرف المـكـمـل هـو أنـه لا يـوجـد تـنـظـيـم تـشـريـعـي فـى الـحـالـة الـتى يـرجـع فـى تـنـظـيـمـها إـلى العـرف .

و كـذـلـك يـخـتـلـف العـرف المـسـاعـد عـن العـرف المـكـمـل مـن حـيـث أـسـاس إلـزامـيـة كل مـنـهما ، فالـعـرف المـسـاعـد يـسـتـمـد إلـزامـيـته مـن اعـتـراف التـشـريـع بـه فـلـيـس لـه إلـزامـيـة ذـاتـيـة بـل يـسـتـمـد قـوتـه إلـزامـيـة مـن قـوة القـاعـدة التـشـريـعـيـة الـتى أـحـالـت عـلـيـه . و لـهـذا لا يـعـتـبـر العـرف المـسـاعـد مـصـدراً لـلقـانـون قائماً بـذـاتـه .

بـخـتـلـاف العـرف المـكـمـل فـهـو ذو إلـزامـيـة ذـاتـيـة ، فـهـو إذ يـعـمـل فـى مـجـال لا يـوجـد فـيـه تـنـظـيـم تـشـريـعـي ، إنـما يـنـفـرد و حـده بـتـنـظـيـم ذـلـك المـجـال . و يـقـتـصـر دـور القـاضـى فـى تـطـبـيـقه لـلـعـرف فـى هـذا المـجـال عـلى تـقـرير أنـه فـى الـحـالـة المـعـروضة أـمامـه قـد تـتـحـق تـكـرار مـسـلك هـلـى نـحو مـعـيـن بـهـدد عـلاـقـة أو مـصـلـحـة جـديـرة

بحماية القانون وفقاً للقواعد السائدة وتمتد في النظام القانوني الذي يمارس القاضى نشاطه فيه .

وهنا يلتفت الفقه النظر إلى حقيقة بارزة وهى أنه فى جميع الدول الحديثة يعتبر العرف (المسكول) أمراً مسلماً على أساس أنه ظاهرة اجتماعية وقانونية تلقائية ، لا يمكن الاستغناء عنها ، يعترف لها بقوة ذاتية دون حاجة إلى استمدادها من اعتراف الدولة بها صراحة أو ضمناً . وعلى هذا النحو يعتبر نشوء العرف إحدى الطرق التى تستطيع بها الجماعة أن تنشئ بطريقه غير محسوسة نظاماً قانونياً .

وعلى ذلك نقول إن المشرع إذ يحرص على أن يكفل الاحترام للعرف فيكلف القاضى بتطبيقه ، عند عدم وجود نص تشريعى ، فيزوده لذلك بنفس القوة التى خلعها على القاعدة التشريعية ليس معناه إنكار نشأة العرف من تلقاء نفسه بل معناه أن المشرع يسلم بأن العرف الذى تكون على أثر وجود فراغ تشريعى ، جدير بنفس الحماية التى أسبغت على القاعدة التشريعية . ومقتضى هذا أن المضمون القانونى لهذا النوع من العرف يتكون ويسرى قبل بل وبدون حصول أى تدخل من جانب السلطات العامة التى وجدته متسكوناً بذاته وسارياً من تلقاء نفسه فلم تعطل فاعليته المشروعة ولم تحل دون قوته التكميلية .

ومركز العرف فى هذا الخصوص كركز قواعد القانون الدولى . فالدولة ، أو القانون الذى تضعه الدولة لا ينكر القانون الدولى أو يتجاهله . إلا عدم إنكار القانون الداخلى لقواعد القانون الدولى لا يعنى أن القانون الدولى يستمد قوته الملزمة من قانون الدولة وإنما معناه أن القانون الدولى هو حقيقة يسلم القانون الداخلى بوجودها دون أن يدعى أنه بتسليمه بوجود القانون الدولى يخلع عليه قوة تنفيذية لا تكون له بدون هذا التسليم .

الفصل الرابع

مدى قدرة القاعدة العرفية على مخالفة قاعدة تشريعية

٢١٢ - لانعرض هذه المسألة في حالة العرف المكمل، إذ المعروف أن هذا العرف يعمل في مجال لا تراحمه فيه قاعدة تشريعية، وبذلك يفرد بتنظيم الحالات التي لم يرد فيها نص تشريعي ومن ثم لا يتصور أن تكون هناك مخالفة من جانب هذا النوع من العرف لقاعدة تشريعية غير موجودة.

وإنما تتور هذه المسألة بالنسبة للعرف المساعد. وإنما قبل أن نعرض لهذه المسألة في مجال العرف المساعد يحسن أن نوضح حقيقة معينة وهي أن إمكان مخالفة العرف هنا لقاعدة تشريعية ليس معناه أنه يمكن أن يكون للعرف قوة إلغاء القاعدة التشريعية، إذ يتعارض هذا مع نص المادة ٣ من التقنين المدني التي تقول إنه لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق. ولذلك نقول إن ظاهرة العرف المخالف للتشريع والذي تكون له قوة إلغاء التشريع *contra legem* هي ظاهرة لا وجود لها في نظامنا القانوني.

٢١٣ - وبذلك يقتصر معنى المسألة على ما يأتي: إلى أي حد يجوز أن توجد إلى جوار القواعد التشريعية قواعد عرفية تنظم مراكز معينة على نحو يختلف عن التنظيم الذي وضعته القواعد التشريعية؟ للإجابة على هذه المسألة نفرق بين القواعد التشريعية النسبية (أو المكملّة) والقواعد المطلقة (أي الأمرة).

(١) ففما يتعلق بالقواعد النسبية أو المكملّة وأينا أن العرفين المتعاقدين يستطيعان الاتفاق على استبعاد هذه القواعد ووضع قواعد أخرى لتنظيم علاقتهما. وإذا كان ذلك جائزاً فإنه يجب أن يجوز كذلك أن ينظم العرف

(المساعد) حالة معينة على نحو يختلف عن التنظيم التشريعي لهذه الحالة. بل لقد رأينا أيضاً أنه في أحد نوعي العرف المساعد يعطى المشرع نفسه الأولوية للقاعدة العرفية على القاعدة التشريعية (أنظر رقم ٢٠٩).

(ب) أما في القواعد التشريعية المطلقة (أو الأمرة) فلا يجوز لقاعدة عرفية أن تخالف القواعد التشريعية الأمر، فالعرف المخالف لقواعد تشريعية أمرية لا يمكن أن يتكون وذلك لسبب بسيط هو أن الأعمال التي يتكون منها مثل هذا العرف تكون غير مشروعة وبالتالي باطلة.

٢١٤ - غير أنه يلاحظ أن القاعدة التشريعية الأمرية قد تكون مقصورة على قطاع معين من العلاقات لتجاوزه إلى قطاع آخر، وعلى ذلك لا يكون العرف المساعد المخالف للقواعد التشريعية الأمرية المقصورة على هذا القطاع سارياً في داخل هذا القطاع، في حين يجوز لنفس القواعد العرفية أن تعمل في نطاق آخر لا توجد فيه تلك القواعد التشريعية الأمرية التي تحرمه.

مثال ذلك ما تنص عليه المادة ٢٣٢ من التقنين المدني إذ تقول ولا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال. وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية.

يفهم من هذا النص أن هناك قاعدة أمرية تحرم تقاضى فوائد مركبة (أي تقاضى فوائد على متجمد الفوائد) كما تحرم أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال. إلا أن هذه القاعدة الأمرية قاعدة مقصورة على المعاملات المدنية، فلا تعمل إلا في نطاق القانون المدني أما في العلاقات التجارية، حيث لا توجد تلك القاعدة الأمرية، فيجوز تقاضى الفوائد المركبة كما يجوز أن يكون مجموع الفوائد أكثر من رأس المال. هذه قاعدة عرفية تجارية تعمل بصفة مشروعة في العلاقات التجارية

ولكنها تعتبر مخالفة لقاعدة مدنية آمرة ولذا لا يجوز الاتفاق عليها في علاقات القانون المدني .

مبحث الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية

٢١٥ - تعتبر الشريعة الإسلامية ثالث المصادر التي يرجع إليها للتعرف على القاعدة القانونية التي تطبق على الحالة المعروضة أمام القاضي ، والتي لم يرد بشأنها نص في التشريع ولم يعثر لها على حل في العرف (م/٢) . والشريعة الإسلامية على هذا النحو تعتبر مصدراً احتياطياً . إلا أنها في وقت مضى كانت تعتبر مصدراً أصلياً ، كان ذلك قبل صدور التقيينات المختلطة والأهلية ، أي قبل ما يسمى بالإصلاح القضائي .

لهذا يحسن قبل أن نتكلم في الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً احتياطياً للقانون أن نتكلم فيها باعتبارها مصدراً أصلياً . ولما لم تكن الشريعة الإسلامية في ذلك الوقت هي وحدها التي يرجع إليها في تنظيم علاقات الناس بل كان يوجد إلى جوارها سائر الشرائع الدينية الأخرى جاز أن نطلق على هذه الشرائع جميعاً كلمة الدين ، لذلك نتكلم أولاً في الدين باعتباره مصدراً للقانون ثم في الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً احتياطياً للقانون .

المفع الأول

الدين باعتباره مصدراً للقانون
(الشريعة الإسلامية والشرائع الدينية الأخرى)

مر الدين بمراحل عدة ، باعتباره مصدراً أصلياً للقانون المصري .

٢١٦ - (١) في مرحلة أولى (منذ الفتح الإسلامي إلى ما قبل الإصلاح القضائي الذي بدأ بإنشاء المحاكم المختلطة ثم إنشاء المحاكم الأهلية) كانت الشريعة الإسلامية مصدراً أصلياً ، عاماً يرجع إليه للتعرف على القاعدة القانونية . كانت مصدراً أصلياً بمعنى أنه لم يكن هناك مصدر آخر يرجع إليه قبلها ، بل كانت المصدر الأول والآخر . وكانت مصدراً عاماً بمعنى أن قواعدها كانت تطبق في الأصل ، على جميع الأشخاص في كل المسائل ، فيما عدا بعض مسائل الأحوال الشخصية ، كانت الولاية فيه للشرائع الدينية الأخرى ، بناء على سياسة ترك غير المسلمين خاضعين في مسائل أحوالهم الشخصية للقواعد المقررة في شرائعهم الدينية .

٢١٧ - (ب) وفي مرحلة ثانية ، أي بعد الإصلاح القضائي وصدور التقنينات المختلطة والأهلية ، أصبحت الشريعة الإسلامية مصدراً أصلياً ، خاصاً ، ذلك أنه لما صدرت تلك التقنينات نظمت علاقات الأفراد القانونية في جميع المسائل إلا في مسائل الوقف ومسائل الأحوال الشخصية . وبذلك أصبح التشريع هو المصدر الأصلي الأول في جميع المسائل إلا مسائل الوقف ومسائل الأحوال الشخصية . فلم يبق للشريعة الإسلامية من العلاقات القانونية التي كانت تنظمها قبل صدور هذه التقنينات إلا مسائل الوقف ومسائل الأحوال الشخصية . وبذلك اقتضت الشريعة الإسلامية على هذين النوعين فصارت بذلك مصدراً خاصاً أي مقصوراً على حكم هذين النوعين فقط ، ولكنها كانت في حدود هذين النوعين ، مصدراً أصلياً .

٢١٨ - (١) ففي مسائل الوقف كانت الشريعة الإسلامية هي التي يرجع إليها دون غيرها من الشرائع الدينية الأخرى ، وذلك بالنسبة لجميع الأفراد ، أجنب ومهرين ، مسلمين وغير مسلمين . وتشمل مسائل الوقف المسائل المتعلقة بإنشاء الوقف أو بصحته ، أو بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بمحصوله في مرض الموت .

٢١٩ - (٢) مسائل الأحوال الشخصية : وتشمل هذه المسائل على (١) المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية والولاية على المال ، (ب) والمسائل المتعلقة بالأسرة ، (ج) ومسائل الموارث والوصايا .

(١) ففي مسائل الأهلية والولاية على المال كان يرجع في التعرف على القاعدة القانونية الواجبة التطبيق إلى الشرائع الدينية ، أى إلى الشريعة الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين وإلى الشرائع الدينية الأخرى بالنسبة إلى غير المسلمين فيخضع كل منهم لقواعد شريعته الدينية التي يعتنقها .

(ب) وفي المسائل المتعلقة بالأسرة (كالزواج ، والطلاق ، والنسب ، والحضانة ، والنفقة ، وحقوق الزوجين) كان يرجع كذلك في التعرف على القاعدة القانونية إلى الشرائع الدينية ، وهي الشريعة الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين ولغير المسلمين الذين اختلفوا في الدين والملة . أما بالنسبة لغير المسلمين الذين اتحدوا في الدين والملة فكان يرجع إلى شريعتهم الدينية للتعرف على القاعدة الواجبة التطبيق في هذه المسائل . ويلاحظ أن خضوع غير المسلمين المتحدين في الدين والملة إلى شريعتهم الدينية في هذه المسائل كان ملزماً ، فلا يجوز لهم أن يختاروا الاحتكام إلى شريعة أخرى غير شريعتهم التي يدينون بها .

(ج) وفي مسائل الموارث والوصايا كانت الشريعة الإسلامية هي المصدر الذي يرجع إليه للتعرف على القاعدة القانونية وذلك بالنسبة للبصريين كافة

مسلمين وغير مسلمين . إلا أنه كان لغير المسلمين أن يحتكوا في هذه المسائل إلى شرائعهم الدينية وذلك بشرطين : (أ) أن يكونوا متحدين في الدين والملة ، (ب) أن يتفق على ذلك ذوو الشأن وهم من يعتبرون ورتة في نظر الشريعة الإسلامية ، على الخضوع لشريعتهم الدينية .

٢٢٠ — ثم جاءت مرحلة ثالثة ، صدرت فيها تشريعات عدة نظمت كثيراً من المسائل التي كان يرجع فيها إلى الشريعة الإسلامية أو إلى غيرها من الشرائع الدينية الأخرى :

(أ) إذ صدر قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بشأن بعض قواعد جزئية تتعلق ببعض مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين كالنكاح والنسب والحضانة والتفقة والطلاق والتفريق . وبذلك خرجت هذه المسائل من حكم الشريعة الإسلامية وأصبح المرجع فيها إلى التشريع ، فلم تعد الشريعة الإسلامية في حدود هذه المسائل مصدراً أصلياً بل مصدراً تاريخياً لهذه القواعد ، ومصدراً احتياطياً عند هدم وجود نص في التشريع بخصوص مسألة من هذه المسائل . وذلك بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين المختلطين في الدين والملة . أما بالنسبة لغير المسلمين المتحدين في الدين والملة فلا تزال شرائعهم الدينية هي المصدر الأصلي الذي يرجع إليه للتعرف على القواعد القانونية في تلك المسائل .

(ب) وكذلك صدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ المتعلق بالمواريث والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوصية . وبذلك صار التشريع هو المصدر الأصلي الذي يرجع إليه في التعرف على القواعد التي تحكم مسائل المواريث والوصايا وصارت الشريعة الإسلامية مصدراً تاريخياً ، ومصدراً احتياطياً فيما لم يرد فيه حل تشريعي بالنسبة لهذه المسائل .

(ج) وكذلك صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن بعض أحكام الوقف . وبذلك أصبح التشريع هو المصدر الرئيسي في هذه المسائل فصارت

الشريعة الإسلامية مجرد مصدر احتياطي يرجع إليه فيما لم يرد فيه تنظيم في التشريع في هذه المسائل .

(د) وكذلك نظم القانون المدني قواعد الأهلية بالنسبة إلى المصريين جميعهم لا فرق بين مسلم وغير مسلم ، وبذلك أصبح التشريع هو المصدر في هذه المسائل .

(هـ) ثم صدر المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال ، فأصبح التشريع هو المصدر في مسائل الولاية على المال وصارت الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً يرجع إليه حيث يخلو التشريع من حكم من الأحكام في هذه المسائل .

٢٢١ - ولقد ترتب على صدور هذه القوانين أن صار التشريع هو المصدر الأصلي فيما صدرت هذه القوانين لتنظيمه وانكشف بنفس القدر نطاق الشريعة الإسلامية وغيرها في الشرائع الدينية باعتبارها مصدراً أصلياً خاصاً ، إذ لقد اقتصرت ولايتها على ما بقي من مسائل الوقف ومسائل الأحوال الشخصية وهو قليل جداً .

الفرع الثاني

مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً احتياطياً

٢٢٢ - عندما يعرض على القاضي مسألة لا يجد لها حلاً في التشريع أو في العرف يجب عليه أن يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية يبحث فيها عن حل لتلك المسألة . وذلك وفقاً للمادة ٢/١ من التقنين المدني الحالي .

وهنا ملاحظتان : تتعلق أولاهما بنوع المسألة التي يراد إيجاد حل لها وتعلق الثانية بنوع المبادئ التي يرجع إليها في الشريعة الإسلامية .

ففيما يتعلق بنوع المسألة نلاحظ أنها لا تنقيد بنوع معين فهي أي مسألة

لا يوجد لها حل في التشريع ولا في العرف ، فيما عدا المسائل التي لا يزال الدين فيها مصدراً أصلياً ، ولذا فإنه في أى مسألة أخرى عدا هذه المسائل تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً عاماً .

أما فيما يتعلق بمبادئ الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها عند عدم وجود حل في التشريع أو العرف فهي المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين ، بشرط أن لا يؤخذ من هذه المبادئ إلا ما لا يكون متعارضاً مع المبادئ العامة في التقنين المدني .

المبحث الرابع

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

٢٢٣ - المصدر الاحتياطي الأخير للتعرف على القاعدة التي تحكم العلاقة المعروضة أمام القاضي هو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (م/٢ مدني) . ومقتضى هذا أنه إذا لم يجد القاضي حلاً للسؤال المعروضة عليه لا في التشريع ولا في العرف ولا في مبادئ الشريعة الإسلامية وجب على القاضي أن يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، باعتبارها مصدراً للتعرف على القاعدة الواجبة التطبيق . وهنا ملاحظتان .

الأولى هي أن المشرع يبدو أنه يشايح أنصار القانون الطبيعي فيما يذهبون إليه من أن القانون الوضعي يمثل القانون الطبيعي تمثيلاً ناقصاً ولذا فإنه حيث يتخلف القانون الوضعي في مسألة معينة يجب أن يظهر القانون الطبيعي . ولقد أخذ هذه الطريقة من قبل ، التقنين النمساوي (١٨١١) . ولقد انتشرت هذه الطريقة على أثر ضعف مركز أنصار الوضعية القانونية بما أتاح لأنصار مذهب القانون الحر (الذين يمثلون مذهب القانون الطبيعي في صورته الحديثة) أن ينادوا بهذه الطريقة .

الثانية ، هي أن العدالة ، إذ تعتبر في هذه الحالة مصدراً للتعرف على القاعدة القانونية ، تؤدي دوراً يختلف عن الدور الذي تقوم به عادة ، وهو تخفيف شدة القاعدة القانونية المكتوبة ، وهي في هذه الحالة الأخيرة لا تعتبر مصدراً للقانون بل معياراً للتطبيق (العدالة في التفسير) ولا يترتب على مخالفتها جواز الطعن بالنقض .

المبحث الخامس

الفقه والقضاء

هل يعتبران من مصادر القانون

٢٢٤ - الفقه Socrine : يقصد بالفقه الآراء التي يدلي بها شراح القانون في مؤلفاتهم وأبحاثهم . ولقد اعتبر بعض الشراح (مثل Savigny و Puchta) الفقه مصدراً للقانون إلى جانب التشريع والعرف . إلا أن الرأي السائد هو أن الفقه تقتصر مهمته على شرح القانون شرحاً علمياً عن طريق دراسة مختلف نصوصه وإيجاد الصلة التي تربط هذه النصوص بعضها ببعض واستخلاص مبادئ عامة منها وترتيب نتائج عليها . فإذا كشف الفقه في أثناء عمله هذا عن حقائق جديدة فإنما يوسع مضمون القانون القائم ويرشد إلى ما هو موجود فيه من قبل ، دون أن يخلق قانوناً جديداً . ومن هنا لا يجوز اعتبار الفقه مصدراً للقانون والتفسير الذي يدلي به الفقه في خصوص قاعدة قانونية لا يكون ملزماً للقاضي ، فإكان لرأي الفقيه مهما بلغت الثقة بصاحب الرأي ، أن تكون له قوة النص التشريعي .

٢٢٥ - على أن هذا لا يمنع من أن القضاء يستعين بالفقه في معرفة مضمون القواعد القانونية التي يريد تطبيقها على المسألة المعروضة عليه

ولكن لا يجوز له أن ينزل رأى الفقه ولو كان مجمعا عليه منزلة النص القانوني .

وصحيح أن للفقه أثرا كبيرا في تطوير القانون عن طريق نقد النصوص التشريعية القائمة وبيان ما بها من عيوب أو نقص وهو بذلك يهيء الطريق إلى التعديل المستقبلي ويعطي الوسائل إلى ذلك ولكنه لا يستطيع أبدا أن يحل محل الشارع في وضع القواعد القانونية .

٢٢٦ - القضاء jurisprudence : يقصد بالقضاء الحل الذي يعطيها القضاء للمسائل القانونية التي تعرض عليه . ونجد إلحاحا كبيرا من جانب بعض الشراح في اعتبار القضاء مصدرا للقانون : فيقولون إن القضاء لا تقتصر وظيفته على تطبيق القانون ، فكثيرا ما يتعين عليه تطبيق نص غامض فيعطيه معنى من عنده . بل قد يغير القاضي النص ليوفق بينه وبين الحاجات الجديدة ، وقد يضطر إلى أن يهمل بعض النصوص التي لم تعد متفقة مع المقتضيات الحالية . ثم إنه قد يكمل نقصا في النصوص التشريعية . في كل هذه الأحوال يخلق القاضي القانون من أجل الحالة المعروضة عليه . ليس هذا لحسب بل قد تضطرد أحكام المحاكم في مسألة معينة على حل واحد فتنشأ قواعد مجردة تكون لها قوة ملزمة في التطبيق . ولذلك قالوا إن القضاء هو القانون الحي الذي ينبثق من الحياة العملية ويولد في حلبة الصراع الذي ينشب بين المصالح المختلفة ، هو القانون الذي صقلته التجارب ، وهو في هذا يقارب العرف إذ ينشأ مثله ببطيئا . بل لقد ذهب بعض الشراح إلى اعتباره قانونا عرفيا بل قال آخرون إن الصورة المثلى للقانون العرفي هو القانون الذي ينشأ من العرف القضائي .

٢٢٧ - إلا أن الرأي الغالب لا يسلّم اعتبار القضاء مصدرا للقانون . ويحتجون لذلك بجميع كثيرة منها :

١ — أن مقتضى مبدأ الفصل بين السلطات أن يقتصر دور القضاء على تطبيق القانون وتفسيره . أما إنشاء القانون فن وظيفة السلطة التشريعية وحدها . ولذا لم يجوز للقضاء أن يصدر أحكاماً ذات طابع عام تضع بالنسبة للمستقبل الطريقة التي تحل بها مسألة معينة . ومن هنا كانت أحكام القضاء ذات طابع نسبي ، بمعنى أنها لا تكون ملزمة إلا للطرفين اللذين صدر الحكم في مواجهتهما ، فلا تلزم القاضي الذي أصدر الحكم . فلو عرضت في المستقبل على نفس القاضي قضية أخرى مشابهة للقضية التي فصل فيها على نحو معين ولو بين نفس الطرفين فقد يحكم القاضي بنفس الطريقة التي حكم بها من قبل ولكن دون أن يكون ملزماً بذلك . بل إن التفسير التي تعطيه محكمة أعلى أو محكمة النقض ذاتها لقاعدة من القواعد لا يلزم القضاء الأدنى . وفي حالة واحدة فقط يكون حكم محكمة النقض مقيداً للمحكمة الأدنى وذلك عندما تنقض محكمة النقض الحكم المطعون فيه وتحيل القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتحكم فيها من جديد بناء على طلب الخصوم إذ يجب على المحكمة التي أحيلت إليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها هذه المحكمة (م ٢٣ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام النقض) . وحتى في هذه الحالة يكون التزام محكمة الموضوع التي أحيلت عليها القضية بأن تأخذ بالمبدأ القانوني الذي قرره محكمة النقض مقصوراً فقط على تلك القضية .

٢ — أن القضاء ليس قاعدة قانونية عرفية ، فليس مصدره الجماعة بل أشخاص يسمون بطابع فني معين ، كما أنه لا يقوم على عنصر المدة ، إذ الحكم الواحد يصلح لأن يكون قضاء ، ثم إن الحكم ينقضه طابع الإلزام بالنسبة لمن أصدره ، إذ لا يتقيد القاضي بأن يحكم في القضية المعروضة أمامه على نحو ما حكم به في قضية سابقة مشابهة . فتحول القضاء جلياً دائماً وهو أمر غير نادر فكثيراً ما يتحول عن أحكامه في مسألة معينة عندما يتبين له عدم اتفاقها مع روح القانون .

٣ — أن القاضي إذا كان في تفسيره لنصوص امضة ، أو في سده نقصاً في التشريع ، أو في حكمه في مسائل جديدة ، يوسع في مضمون النص التشريعي أو ينسئ فيه ويخلق بذلك قاعدة جديدة فلا تعتبر هذه القاعدة قاعدة قانونية إلا بالمعنى الموضوعي دون المعنى الشكلى لأن هذه القاعدة ستكون مقصورة على الحالة التى صدر فيها الحكم ولا تعتبر حلاً يسرى فى المستقبل بالنسبة لجميع الأحوال المشابهة . وبهذا ينقص تلك القاعدة صفة العمومية التى هى من سمات القاعدة القانونية التشريعية .

٢٢٨ — حاصل القول أن القضاء لا يعتبر مصدراً للقانون فى البلاد التى تضطلع فيها الدولة بمهمة التشريع . وهذا على خلاف ما كان الحال عليه فى الماضى ، وفى إنجلترا وبعض الولايات الأمريكية فى الوقت الحاضر : ففى روما كان للقاضى سلطة تزيد على مجرد تطبيق القانون ، وهى إنشاء القانون وبذلك كان القضاء مصدراً للقانون . غاية الأمر أن القاضى بدلاً من أن يضع قواعد مجردة ويطبّقها فى كل مرة ، ن كما يستخلص من تطبيقه المستمر فى الحالات الفردية قاعدة عامة . وهذا ما كان يصنعه البريتور الرومانى .

وفى الوقت الحاضر فى القانون الإنجليزى والأمريكى يعتبر الحكم الصادر فى مسألة معينة قانوناً بالنسبة للقاضى الذى يكون من نفس درجة من أصدر الحكم أو من درجة أدنى . فى النظام الإنجليزى تتكون مصادر القانون من العرف (وهو ما يسمى Common Law) والتشريعات (Statute Law) والسوابق القضائية ولهذا يسمى مثل هذا النظام judge-made law .

الفصل الرابع

تطبيق القانون

٢٢٩ - وظائف القاضى : يوضع القانون فى صورة تكاليف عامة ومجردة ، يخصصها القاضى عن طريق تطبيقها على الحالات المعينة التى تعرض أمامه ، وبهذا يحول القاضى التنظيم النموذجى الذى وضعه الشارع الى تنظيم واقعى يحدد بتطبيقه على علاقات الأفراد ، هذه هى وظيفة القاضى ، أى تطبيق القانون لا خلق القانون . وهو فى عمله هذا يقوم بعمليات ثلاث : (١) التعرف على الواقعة محل النزاع ، (٢) تحديد القاعدة القانونية التى تنطبق على تلك الواقعة ، (٣) النطق بالنتيجة القانونية التى تنشأ من تطبيق القاعدة القانونية على الواقعة محل النزاع ^(١) .

٢٣٠ - ويختلف مركز القاضى فى العملية الأولى عنه فى العملية الثانية : فهو فى العملية الأولى يتخذ موقفاً سلبياً ، ذلك أن إثبات الوقائع التى يستند إليها المتقاضون إنما يقع عبؤه على المتقاضين أنفسهم . أما العملية الثانية فهى من صميم عمله ، فالمفروض فى القاضى أنه يعرف القانون *iura novit curia* ولهذا كان موقفه فيها إيجابياً : فعليه فى كل ما يعرض عليه من منازعات أن يجد القاعدة أو مجموعة القواعد التى تنطبق على الواقعة المراد الفصل فيها ولذا لا يجوز له أن يطلب إلى المتقاضين القيام بمهمة البحث

(١) ولقد قيل إن حكم القاضى هو قياس منطقى مقدمته الكبرى هى النص التشريعى ، ومقدمته الصغرى هى الواقعة محل النزاع ، ونتيجته هى الحكم الذى يصدره القاضى . وهذا إن صح لا يجوز أن يظن أن نشاط القاضى ينحصر فى مجرد عملية منطقية ، ذلك أنه يدخل فى تطبيق القانون عوامل نفسية وتقدير لمصالح الطرفين وتحديد معنى القانون .

عن القاعدة القانونية ^(١) . هذه هي العملية الرئيسية التي يضطلع بها القاضى
وهي تقتضيه أن يتحرى مسائل ثلاث الأولى هي التثبت من وجود القانون
الثانية ، هي تحديد معنى القاعدة القانونية عندما يثبت من وجودها ، الثالثة
تحرى ما إذا كانت هذه القاعدة تنطبق على الواقعة التي يدعيها أطراف النزاع

المبحث الأول

التثبت من وجود القاعده القانونية

٢٣١ - لكي يستطيع القاضى تطبيق القانون يجب عليه أن يتأكد
من حقيقة وجوده . وهذه مسألة سهلة في العصر الحديث حيث القوانين
مكتوبة ومنشورة في وثائق رسمية . والنص الرسمي للقانون هو الذى نشر
في الجريدة الرسمية .

فإذا ثبت لدى القاضى وجود القانون فإنه يراقبه من الناحيتين الشكلية
والموضوعية .

٢٣٢ - الرقابة على القانون من الناحية الشكلية : تعتبر القاعدة
موجودة من الناحية الشكلية إذا كانت قد مرت بالمراحل التي يجب أن تمر
بها قبل أن تصبح ملزمة ، (من إقرار وإصدار ونشر ، ومدة تنقضى قبل بدء
سريان التشريع إن كانت هناك مدة) . وعلى ذلك يجب على القاضى أن
يمتنع عن تطبيق القواعد التي لا يتوافر فيها هذا الطابع الشكلى ، إما لعدم
توافر الشروط والإجراءات الدستورية التي يجب توافرها لنشوء القاعدة
القانونية ، وإما لعدم اختصاص السلطة التي أصدرتها وإما لأن هذه القاعدة
قد فقدت فاعليتها بإلغائها من جانب السلطة التي أصدرتها .

(١) إلا بالنسبة للقانون الأجنبي ، إذ يجوز للقاضى ، على بعض الأقوال ، أن يطلب إلى
المتقاضين إثباته ، وفي هذه المسألة كلام كثير ليس هنا مكان الإفاضة فيه . وكذا القول بالنسبة
إلى العرف ، لا سيما إذا كان محلياً ، إذ يجوز للقاضى أن يطلب إلى المتقاضين إثبات مايتسكون
به من عرف في شأن الواقع التي يقيمون عليها ادعاءهم أو دفاعهم .

ويصدق هذا النوع من الرقابة القضائية على كل قاعدة قانونية ، سواء أكان مصدرها التشريع العادى أو التشريع الفرعى . وكذلك يكون للقضاء فى حالة التفويض التشريعى أن يمتنع عن تطبيق القواعد التى تصدرها السلطة التنفيذية إذ جاوزت هذه السلطة حدود التفويض المخول لها .

على أنه يجب أن تقتصر الرقابة القضائية على مجرد التأكد من الوجود الخارجى لعناصر القانون ، كإقرار السلطة التشريعية والإصدار والنشر . ولكن ليس لها أن تدخل الى الدهليز الداخلى لتكوين التشريع فصل فى بحثها إلى حد تحرى مدى احترام الاجراءات التى تتبعها السلطة التشريعية ، وتراقب المناقشات والتصويت والعدد القانونى ، إلى غير ذلك مما يتعلق بالسير الداخلى للجلس ، فهذه أمور داخلية ذات طابع قائم بذاته تكون بمنأى عن بحث السلطة القضائية . وعلى ذلك يجب أن تقف الرقابة القضائية عند نتيجة الإقرار دون أن تمد نظرها إلى الاجراءات التى انتهت إلى تلك النتيجة .

٢٣٣ — الرقابة على القانون من الناحية الموضوعية: معنى هذه الرقابة أن يكون للقاضى أن يتثبت من عدم مخالفة قاعدة قانونية لقاعدة قانونية أعلى منها . فقد تكون القاعده القانونية سليمة من الناحية الشكلية ولكنها غير سليمة من الناحية الموضوعية، وذلك عندما تكون مخالفة لقاعدة أعلى منها ، كأن تكون قاعدة لائحة مخالفة لقاعدة تشريعية أو لقاعدة دستورية ، أو تكون قاعدة تشريعية مخالفة لقاعدة دستورية . فهل يجوز للقاضى أن يراقب قانونية اللائحة ودستوريتها ، فيكون له أن يمتنع عن تطبيقها اذا وجدها مخالفة للقانون (عدم قانونية اللائحة) أو وجدها مخالفة للدستور (عدم دستورية اللائحة) ؟ تلك مسألة أولى . وهل يجوز للقاضى أن يراقب دستورية قاعدة تشريعية فيكون له أن يمتنع عن تطبيقها لمخالفتها للدستور

(عدم دستورية القانون) ؟ تلك مسألة ثانية . وتتكلم في المسألتين تباعاً .

٢٣٤ - (١) الرقابة القضائية على قانونية اللوائح وهي دستورية :
لم يثر خلاف بصدد هذه المسألة ، فالمسلم أن للقاضي أن يثبت من موافقة
اللائحة للتشريع وللدستور . ويختلف مدى فاعلية هذه الرقابة في المحاكم العادية
عنها في محكمة القضاء الإداري . ففي المحاكم العادية تقتصر فاعلية الرقابة على
مجرد الامتناع عن تطبيق اللائحة التي يثبت لها مخالفتها للقانون أو الدستور ،
فلا يجوز لها أن تلغيها . أما محكمة القضاء الإداري فيجوز لها إلى جانب الامتناع
عن تطبيق اللائحة التي تكون مخالفة للقانون أو للدستور أن تحكم بإلغائها
(محكمة القضاء الإداري ٥ فبراير ١٩٥٢ المحاماة م ٣٣ عدد ٧ رقم ٤٦٢
ص ١٠٥٩) .

٢٣٥ - (٢) الرقابة القضائية على دستورية القوانين ^(١) : ثار الخلاف
في هل يجوز للقاضي ، عندما يدفع أمامه بعدم دستورية قانون ، أن ينظر في
هذا الدفع وأن يمتنع عن تطبيق ذلك القانون إن تبين له عدم دستوريته .
فذهب بعض الشراح إلى عدم جواز ذلك للقاضي . واحتجوا لذلك بأن
مراقبة القضاء دستورية القوانين يعتبر من قبيل تدخل السلطة القضائية في
شئون السلطة التشريعية . وهذا غير جائز لمخالفته لمبدأ الفصل بين السلطات .
في حين يعطى فريق آخر من الشراح أن للقاضي الحق في مراقبة دستورية
القانون المطلوب إليه تطبيقه ، بحجة أن مبدأ الفصل بين السلطات نفسه
لا يميز للسلطة التشريعية أن تضطر السلطة القضائية أن ترجع قانوناً عادياً
على قانون أساسي هو الدستور عند مخالفة ذلك القانون العادي لمقتضى
قواعد الدستور . ويرون أن التطبيق السليم لمبدأ الفصل بين السلطات هو
أن يجوز للقاضي أن يمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور ، على أن

(١) انظر في هذا الموضوع ، دكتور حسن كبره ، أصول القانون م ٣٠٠ رقم ١٤٤ .

تقتصر الرقابة عند هذا الحد السلبى فلا يكون للقاضى أن يلغى مثل هذا القانون وإلا كان فى ذلك اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات الذى يقتضى أن السلطة التى أصدرت القانون هى وحدها التى تستطيع إلغائه . والإنجاء فى أغلب الدول فى العصر الحديث هو إلى تقرير الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، أما فى مصر فالمسألة تختلف عليها فى القضاء العادى وإن كان هذا القضاء فى أغلبه يميل إلى إنكار الرقابة القضائية على دستورية القوانين بخلاف محكمة القضاء الإدارى التى أعطت لنفسها حق النظر فى دستورية القوانين عندما دفع أمامها بمخالفة القانون للدستور .

المبحث الثانى

تحديد معنى القواعد القانونية

٢٣٦ - العمل الرئيسى الذى يقوم به القاضى فى تطبيق القاعدة القانونية هو تفسير تلك القاعدة . ذلك أن نصوص التشريع هى مجموعة من عبارات مكتوبة يقصد بها التعبير عن الإرادة التشريعية . وقد يكون بهذه العبارات غموض ، وعندئذ يتميز إزالتها حتى يمكن التعرف على الإرادة التشريعية من خلال عبارات التشريع . ففهم التشريع لا يقتصر على إدراك المسمى الظاهر المباشر الذى يخلص من ألفاظه بل يقتضى كذلك تحرى القصد التشريعى والنزول من ظاهر النصوص إلى أعماقها للتعرف على خواصها الحقيقية . فواجب المفسر هو كشف الفحوى الحقيقية للقاعدة القانونية محاولا الوصول إلى روح التشريع حتى يقف على مختلف العناصر التى يتألف منها القصد التشريعى .

ثم قد يكون هناك نقص فى التشريع ، وعندئذ يقوم القاضى بسد هذا النقص ويسمى عمله هذا بالتكميل . لهذا تسلك أولا فى التفسير ثم فى

التكامل ثم في المذاهب المختلفة في التفسير وموقف القانون المدني المصري منها .

البصريح الأول

التفسير

٢٣٧ - التفسير هو تلك العملية الذهنية التي يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومداها .

والتفسير من أصعب وأدق العمليات التي يضطلع بها الفقيه أو القاضي إذ يتطلب التفسير مهارة وحذاً وتجربة وسيطرة ، لاعلى المادة الوضعية في تشريع معين لحسب ، بل على روح ذلك التشريع أيضاً ، كل هذا بشرطين : شرط تقاضى مبالغة من يضطره الخوف وعدم الدربة إلى التشدد في التزام النص حتى لا يضل الطريق ، وشرط البعد عن خطر أكبر هو تحمس المفسر لفكرة معينة يتصور وجودها في التشريع وهي في الحقيقة من خلق تأملاته النظرية واتجاهاته الوجدانية . فالتفسير يجب أن يكون موضوعياً مجرداً من العواطف ، متزناً ، حاصلًا دائماً في ضوء الاحترام الواجب للتشريع .

المطلب الأول

أنواع التفسير

٢٣٨ - ينقسم التفسير بحسب الهيئة التي تقوم به إلى ثلاثة أنواع : تفسير فقهي ، وتفسير قضائي وتفسير تشريعي .

١ - التفسير الفقهي : وهو التفسير الذي يقوم به الفقهاء في مؤلفاتهم وأبحاثهم أو فتاواهم ، وهو على جانب كبير من الأهمية النظرية ، إذ يتميز هذا النوع من التفسير ، بالمنطق الدقيق والتدليل المرفه والحجج البالغة

والأفيسة المحكمة والأبحاث التاريخية المستفيضة . وإذ يكون هذا التفسير بعيداً عن الغايات والأهواء فإنه يتسم بالصفاء والتجريد . إلا أن هذا التفسير ليس له في نظامنا القانوني أى قوة ملزمة للقاضى مهما بلغت الثقة بصاحب هذا التفسير وأياً كانت شهرته العلمية .

٢ - التفسير القضائى : وهو التفسير الذى يقوم به القضاة بناء على وظيفتهم التى تقتضيه تفسير القواعد القانونية قبل تطبيقها على الحالات المراد الفصل فيها . وهذا التفسير يكون ملزماً للطرفين فى النزاع الذى حصل التفسير القضائى بصده ، بناء على حجية الأمر المحكوم فيه التى تثبت للحكم فلا يجوز للطرفين أن يرفعا الدعوى مرة ثانية لنفس السبب ولنفس الموضوع . ولكن لا تتجاوز قوة هذا التفسير الإلزامية الحدود الشخصية والموضوعية لحجية الأمر المحكوم فيه ، إذ يجوز لمحكمة أخرى أن تعطى تفسيراً لنفس القاعدة مخالفاً للتفسير الذى أعطته المحكمة الأولى بل يجوز لنفس المحكمة التى فسرت القاعدة القانونية على نحو معين أن تفسرها على نحو آخر فى قضية أخرى . ثم إن التفسير الذى تجزئ به محكمة لا يقيد محكمة أخرى ولو كانت أدنى درجة .

٢٣٩ - ٣ - التفسير التشريعى أو الرسمى : وهو التفسير الذى يصدره المشرع ذاته ، ويحصل بمقتضى تشريع يسمى التشريع المفسراً . وهو التشريع الذى يقصد به بيان معنى تشريع قائم ليحصل تطبيقه بالطريقة التى أرادها ذلك التشريع المفسر . فالمشرع هنا يعبر بصورة رسمية عن المعنى الذى يجب أن يعطى لتشريع قائم ، وهو يستطيع ذلك لأنه هو نفسه الذى أصدر التشريع الذى يراد تفسيره .

ويسرى التشريع المفسر فور العمل به ، حتى على العلاقات السابقة ، والى لا تزال الحاكم بصدد الفصل فيها ، ولا ينجر من طائفة إلا العلاقات التى يكون قد فصل فيها بأحكام حازت قوة الأمر المقضى ، وهى الأحكام

التي استنفدت طرق الطعن التي كانت تقف تنفيذها كالمعارضة والاستئناف أو التي فانت مواعيد الطعن فيها بإحدى هذه الوسائل .

٢٤٠ - وفيما مضى كانت توجد في بعض الدول جمعية تشريعية دائمة مهمتها تلقي ما ترسله إليها المحاكم من استفسارات ، وإبداء الرأي فيها بصفة ملزمة . وأقرب مثال لذلك في الوقت الحاضر هو اللجنة العليا للإصلاح الزراعي التي أنشئت للإشراف على عمليات الاستيلاء والتوزيع المترتبة على تطبيق أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ، إذ أعطيت هذه اللجنة سلطة تفسير أحكام هذا القانون واعتبرت قراراتها في هذا الشأن تفسيراً تشريعياً ملزماً ينشر في الجريدة الرسمية^(١) .

للطلب الثاني

موضوع التفسير

٢٤١ - موضوع التفسير هو إرادة التشريع لا إرادة المشرع: الرأي السائد فيما مضى كان يذهب إلى أن موضوع التفسير هو إرادة المشرع ، وأن من واجب المفسر البحث عن هذه الإرادة . ولذا كانت الأعمال التحضيرية من الأهمية إلى حد أنها كانت تعتبر من مصاد التفسير الرسمية .

أما في الوقت الحاضر فقد لوحظ أنه لا وجود في النظم الدستورية الحديثة لما يسمى بالمشرع الذي يراد التعرف على إرادته والبحث عن نيته ، وأن التشريع يشترك في وضعه عدد كبير من الأشخاص يختلف آراؤهم وميولهم واتجاهاتهم، الأمر الذي يصعب معه اعتبار التشريع نتيجة إرادة جماعية وأنه توجد نية حقيقية للمشرع يتعين البحث عنها . فالمشرع ليس إلا مجرد تصوير ذهني .

(١) حسن كيرة ، أصول القانون ، المرحم السابق ص ٥١٤ .

ولذا اتجه الرأي الحديث إلى النظر إلى التشريع نظرة موضوعية، بحيث يجرى تفسيره في ذاته، على اعتبار أنه يتعلو على إرادة ذاتية خاصة به، وأن التفسير لا يجب أن يكون استقصاء للمعنى التاريخي الذي أعطاه المشرع للقاعدة، بل يجب أن يكون استجلاء للمعنى الحالي الذي يعيش في القاعدة. وهذا ما يعبر عنه الرأي الحديث في أسلوب استعاري بالإرادة التشريعية. إلا أن هذا لا يعني أن للتشريع إرادة بالمعنى النفساني بل يعني فقط أن التشريع يشتمل على « مقصود، مستقل عن نية واضعيه، يأخذ معنى ذاتياً، يستمد من ربط النصوص بعضها ببعض أو من النظر إلى الهدف الذي يراد تحقيقه. ولذا يضع المفسر نصب عينيه هدف التشريع، الغاية العملية التي يراد من التشريع أن يحققها، فالمقصود من التشريع هو تنظيم علاقات معينة ابتغاء لإشباع حاجات معينة. ومن ثم يجب أن يحمل تفسير التشريع على المعنى الذي يحقق تلك الغاية ولكن في حدود القانون. ومن هنا كانت صعوبة التفسير. وليس التفسير مجرد فن من فنون النحو والصرف، ولا ساحة تجرى فيها التمرينات المنطقية، بل هو علم الحياة.

ويتفرع على الطابع الموضوعي لمعنى التشريع أن يكون من الممكن أن يتخذ قيمة تختلف عن قيمته الأولى التي خلعها عليه واضعوه وأن ينتج نتائج وآثاراً لم تكن منتظرة ولم يكن من الممكن توقعها وقت وضع التشريع وأن تكسب القاعدة القانونية مع الزمن مجالاً تطبيقياً أوسع يمتد إلى علاقات تختلف عن العلاقات التي كانت مقصودة في الأصل.

المطلب الثالث

طرق التفسير

٢٤٢ - ثمة وسائل متعددة تستخدم لإمكان فهم التشريع. والأصل أن يكون هدف التفسير هو تكوين القصد التشريعي من خلال عبارات التشريع

(التفسير اللفظي) . وهذه هي أولى درجات عملية التفسير . وكذلك يمكن استخلاص الإرادة التشريعية عن طريق التفسير المنطقي وموداه الاستعانة بعوامل عقلية وتاريخية واجتهادية يكون من شأنها إلقاء الضوء على مضمون القاعدة . على أنه ينبغي أن يلاحظ أن التفسير اللفظي والتفسير المنطقي ليسا عمليتين تستقل إحداهما عن الأخرى بل هما عملية واحدة لا تقبل الانقسام .

٢٤٣ - ١ - التفسير اللفظي : وهو أول مراحل التفسير . ذلك أن النص التشريعي يكون في الواقع الأساس الذي يجب أن يبدأ منه المفسر والذي يجب أن يرتكز عليه . لقد ورد التشريع في عبارات ، ولذا وجب منذ البداية استخلاص المعنى اللفظي لهذه العبارات . والأصل أن الالفاظ يجب أن تفهم وفقاً لمعناها الدارج ، إلا إذا كان لها معنى فني خاص لا يطابق معناها الدارج ، مثل عبارة وضع اليد ، الانتفاع ، حسن النية ، التأمين ، القوة القاهرة ، الخ . وفي هذه الحالة يجب أن تفهم هذه العبارات وفقاً لمعناها الفني ، إذ المفروض أن الشارع عندما يستعمل ألفاظاً معينة إنما يستعملها في معناها الخاص لا في معناها الدارج . ثم إنه من الواجب أن تفهم عبارات التشريع في مجموعها فلا تفهم كل منها على حدة ، أي أن الإرادة التشريعية يجب أن تستخلص من مجموع عبارات النص لا من بعض عباراته دون بعض . وإذا كانت العبارات المستعملة غامضة أو غير محددة ، أو كانت النتائج التي تستخلص من عبارات النص متعارضة ، فمئذ لا يجدي التفسير اللفظي ويجب الاتجاه إلى التفسير المنطقي .

بل قد يكون المعنى واضحاً ومع ذلك لا يكون من المؤكد أن هذا المعنى يطابق تمام المطابقة الإرادة التشريعية : فقد تكون العبارات معينة أو ناقصة ولا تدل على مضمون القاعدة كله ، أو تكون عامة جداً بحيث تفهم

القاعدة منها على نحو أوسع مما ينبغي . وأخيراً لا يبعد أن توجد عبارات خاطئة تزييف الإرادة التشريعية . عندئذ يتعين الالتجاء إلى التفسير المنطقي لمساعدة التفسير اللفظي وتكميله ومراقبته .

٢٤٤ - ٢ - التفسير المنطقي : ويعمل هذا التفسير على مستوى أعلى ، ويستخدّم طرق بحث أدق ، إذ يرتفع إلى روح النص مستخلصاً إياه من العوامل العقلية التي كانت وحيه ، ومن الأصول التاريخية التي تصل ما بين النص وبين التشريعات السابقة ، ومن الرابطة التي تربط النص بسائر النصوص ، ومن العوامل الاجتماعية .

٢٤٥ - (١) العامل العقلي : لكل نص هدف يسعى إلى الوصول إليه ، يعتبر الحكمة من وضعه *ratio iuris* . وفي ضوء الحكمة من النص يمكن فهمه فهماً حقيقياً ، ولذا يجب أن يفهم النص على المعنى الذي يجب أن يكون أكثر تحقيقاً للحكمة منه . فالنص يزل من حكمته التشريعية منزلة الوسيلة من الغاية : فمن يريد الغاية يجب أن يريد الوسيلة المفضية إلى تلك الغاية . ولكي تقدر الغاية العملية من القاعدة يجب أن نستلهم علاقات الحياة التي أنشئت القاعدة لاشباعها . فيجب أن نبدأ من فكرة معينة هي أن القانون يريد أن يشبع المطالب الاقتصادية والاجتماعية الناشئة من تلك العلاقات . لذا يجب دراسة هذه المطالب دراسة دقيقة عميقة . فالتفسير ليس مجرد فن لغوي وإنما هو يتحسّر مطالب الحياة العملية والحقائق الاجتماعية .

٢٤٦ - وهناك فرق بين الحكمة التشريعية ، التي هي أساس القاعدة العقلية الموضوعي ، وبين المناسبة التشريعية *occasio legis* ، وهي الطرف التاريخي الذي وضعت فيه القاعدة . فالقانون المقيد لحرية الاجتماع قد يصدر بمناسبة عصيان أو اضطراب داخلي . هذه الظروف تتكوّن منها

المناسبة التشريعية ، في حين أن الأساس العقلي يتكون من الهدف من هذا التقيد ، ومع ذلك فالمناسبة التي أدت إلى نشوء تشريع ما يمكن أن تستخدم في تحديد هدف ذلك التشريع . مع هذه الملاحظة وهي أن زوال الظروف التي أدت إلى وضع هذا التشريع ليس له أثر البتة على قيمته القانونية .

٢٤٧ - وقد تتغير الحكمة التشريعية مع الزمن . فالمفسر الذي يبحث قاعدة وضعت منذ زمن بعيد لا يتعين عليه أن يبحث عن السبب الذي دفع المشرع وقتئذ إلى وضع تلك القاعدة بل يجب أن يبحث عن أساسها العقلي في الوقت الذي يفسرها فيه فقد يحدث أن قاعدة وضعت من أجل غاية معينة تستهدف بعد ذلك تحقيق غاية أخرى . إن الحكمة التشريعية هي القوة الحية المتحركة التي تبعث في النص الحياة مادام النص قائماً ، وبذلك يستطيع النص أن يكسب مع الزمن معنى جديداً أو ينطبق على حالات جديدة . هذا المبدأ هو أساس مايسمى بالتفسير المتطور .

٢٤٨ - (ب) العامل التاريخي . لا يكفي التعرف على الإرادة التشريعية أن يبحث المفسر عن الحكمة التشريعية ، أو عن المناسبة التشريعية ، بل يجب أن يلمح المفسر يبحثه إلى أبعد من ذلك ، فيدرس القاعدة من حيث أصولها التاريخية ، إذ مما يساعد كثيراً على فهم النص فهماً كاملاً تعقب أصله التاريخي وتتبع نموه وتطوره حتى نصل إلى وضعه النهائي الذي اتخذته في الوقت الذي يجري فيه تفسيره . ورب عبارات وقواعد لا يعين التفسير المنطقي وحده على فهمها تجد مفتاح حلها في أصلها التاريخي .

والأصول التاريخية للنصوص ، منها هو بعيد ، ومثلها القوانين التي استقى المشرع منها أحكامه : فالقانون الروماني يعتبر أصلاً تاريخياً لكثير من التقنيات الأجنبية الحالية كالتقنين الفرنسي والألماني والإيطالي . وهو يعتبر كذلك أصلاً تاريخياً لتقنينا في حدود تأثرها بالتقنيات التي تأثرت بذلك القانون .

ومن الأصول التاريخية ما يكون قريباً ومباشراً . ومنهاما التقنيات
 الملقاة ، والشريعة الإسلامية بالنسبة لتقنيات الأحوال الشخصية ، والأعمال
 التحضيرية وهي مجموعة الأعمال التي سبقت وعاصرت إقرار مشروعات
 القوانين ، وهي تتضمن مناقشات اللجان والتقارير والأبحاث التي حصلت
 بمناسبة وضع التشريع . ولقد اختلف الفقه في مدى قيمة الأعمال
 التحضيرية في تفسير التشريع : فذهب رأى قديم إلى أن الأعمال التحضيرية
 تكون لها قيمة التفسير الرسمي . ويعد هذا الرأى مهجوراً الآن .
 أما الرأى الحديث فيعتبر هذه الأعمال مجرد وسيلة مساعدة للتعرف على
 الإرادة التشريعية دون أن يكون المفسر ملزماً بالإلتجاء إليها أو الاعتماد
 عليها في تأليف عناصر هذه الإرادة . ويحتج أنصار هذا الرأى بحجج ذات
 طابع فقهي وأخرى ذات طابع عملي . وحاصل الحجج الفقهية هو أن
 إعطاء الأعمال التحضيرية في التفسير قوة رسمية إنما نشأ من فكرة سابقة
 خاطئة وهي أن التشريع يرتبط على سبيل اللوام بإرادة واضعية الشخصية .
 في حين أن الرأى السائد الآن هو أنه متى وجد التشريع أصبحت له حياة
 مستقلة به إذ يفصل عن إرادة واضعية النفسية إلى حد أنه يحتفظ بفاعليته
 دون توقف على تلك الإرادة . ولهذا فإن معناه ليس هو المعنى الذي أراده
 له واضعوه بل المعنى الموضوعي الذي يخلص من نصوصه ومن مبادئ
 مجموع النظام القانوني الذي صار التشريع جزءاً منه .

أما الحجج العملية لحاصلها أنه ليس صحيحاً ما يعتقده الناس عادة في
 أنه عند صعوبة التفسير تكون الأعمال التحضيرية عنصر يقين أساسي .
 فلقد دلت التجارب على أن غموض بعض النصوص يقابله عادة في عبارات
 القائمين بالتشريع غموض أعمق مما في النصوص إلى حد أنها تكون هي
 الأخرى في حاجة إلى تفسير . ثم إن مارد في الأعمال التحضيرية يمثل
 وجهات نظر فردية وخليطاً من نظريات متعارضة .
 لهذا يخلص الاتجاه الحديث في الفقه إلى أن تضارياً ما يكون للأعمال

التحضيرية من قيمة هو أن تكون مجرد دليل على إرادة تشريعية معينة ، لا يؤخذ في الاعتبار إلا بحذر واحتياط . فإذا تعارضت الإرادة التشريعية الموضوعية مع ما ورد في الأعمال التحضيرية أخذ بالإرادة التشريعية . أما إذا جاء النص موافقاً لما ورد في هذه الأعمال فلا جناح في اعتبارها أساساً يؤخذ في الاعتبار عند التفسير .

٢٤٩ - (ح) العامل الاجتماعي : تنغير الحياة الاجتماعية وتتطور باستمرار تحت تأثير عوامل عدة كالشعور الأخلاقي ، والتكوين السياسي والوعي القانوني بصفة عامة . هذه العوامل الاجتماعية يجب أن تؤخذ في الاعتبار ، لما أنها - فوق دلالتها على الاتجاهات والميول الانتقالية لروح الجماعة - تدل على تغير الأفكار . والواقع أن التشريع هو فكر الحاضر وإرادته وليس فكر الماضي وإرادته ، إنه يعيش باعتباره كائناً عضوياً يملك التطور بقوته الذاتية عندما تتطور علاقات الحياة التي خلق لتنظيمها .

وإذا توصل المفسر ، بفضل العوامل السابقة (اللفظي والمنطقي والتاريخي) إلى تكوين الإرادة التشريعية تكويناً كاملاً افتتح أمامه مجال بحث آخر لا يحل له أن يتجاهله وإلا كان متجاهلاً مهمته . فيجب على المفسر أن يستند بالشعور العام والاتجاه الاجتماعي الحديث ابتغاء التخفيف من القاعدة القانونية ، وذلك بحملها على المعنى الذي يكون أكثر استجابة للحاجات الجديدة والاتجاهات التي تغيرت في الجماعة .

المطلب الرابع

نتائج التفسير

٢٥٠ - يؤدي التفسير المنطقي إلى إحدى النتائج الآتية : (١) فقد يحى المعنى الناتج من التفسير المنطقي متفقاً مع المعنى الناتج من التفسير اللفظي ، وعندئذ يسمى التفسير مقررأ .

٢٥١ - (٢) وقد يحى المعنى الناتج من التفسير المنطقي أوسع أو أضيق من المعنى الذى يعطيه التفسير اللفظي ، وعندئذ يسمى التفسير واسماً أو ضيقاً . وفى حالتى التفسير الواسع أو الضيق لا يوسع المفسر أو يضيق من الإرادة التشريعية ، إذ يفترض التفسير فى الحالتين أن الإرادة التشريعية لم يحصل التعبير عنها بالطريقة المناسبة ، فوجب لبيان الإرادة التشريعية على حقيقتها أن تفسر العبارة الواردة فى التشريع تفسيراً واسعاً أو ضيقاً بحسب الأحوال .

٢٥٢ - فالتفسير الواسع يفترض سلفاً أن الشارع قال فى النص أقل مما كان يقصد أن يقوله فوجب لذلك توسيع معنى الألفاظ التى وردت بها إرادة التشريع . مثال ذلك أن يرد فى النص عبارة : الالتزامات التعاقدية ، فيجد المفسر أن المقصود من هذه العبارة هو الالتزامات التى تنشأ من الإرادة سواء أكانت ناشئة من تصرف ثنائى (العقد) أو أحادى (التزام بإرادة منفردة كما فى الوعد بجائزة) ، أو أن يرد فى النص كلمة هبة فى حين يجب أن يشمل النص كل تصرف تبرعى ولو كان مضافاً إلى ما بعد الموت . فى هذه الحالات وفى مثيلاتها يكون مؤدى التفسير الواسع هو إطلاق الفكرة مما يقيد بها ورفعها إلى مستوى المبدأ الذى يطبق فى سائر الحالات التى لا يدل عليها ظاهر عبارة النص .

وبفضل التفسير الواسع يمكن الوصول إلى منع الأعمال التى تعد تحايلاً على القانون أو غشاً نحو القانون . ذلك أن الغش نحو القانون إنما يكون باحترام نصوصه من الناحية الشكلية ومخالفة روحه من الناحية الموضوعية فالذى يرتكب غشاً نحو القانون إنما يسعى للوصول بوسائل غير مباشرة إلى نفس النتيجة المنوعة أو ما يعادلها . ولكن لما كان الواجب ألا يفهم القانون وفقاً لنصه فقط بل وفقاً لروحه ، وكان النص يستهدف غرضاً

معيناً لا شكلاً لذاته كان التفسير السليم للنص هو الذى يطل كل فاعلية
لوسائل التى يقصد بها الوصول إلى المقصود من التحريم .

حاصل القول هو أن مقتضى التفسير الواضح توسيع معنى النص بحيث
يدخل فيه ما يدل ظاهرة على استبعاده .

٢٥٣ - أما التفسير الضيق فيفترض أن الشارع قال فى النص أكثر
مما كان يقصد قوله ، أى أنه مع إطلاقه عبارة النص يقصد طائفة محدودة
من العلاقات ومن هنا لا يجوز اعتبار القاعدة التفسيرية القديمة ، حيث
لا يفرق القانون يجب ألا تفرق ، قاعدة صحيحة فى جميع الأحوال .

وينبغى أن يكون التفسير ضيقاً فى الحالات الآتية على وجه الخصوص .

(١) وذلك عند ما يكون إطلاق معنى النص بالصورة التى ورد بها
مؤدياً إلى معارضة نص آخر فى القانون ، (٢) وهند ما يؤدى تطبيق
القاعدة فى صورتها الواسعة إلى تجاوز الغاية التى يرمى إليها النص .

إلا أنه يلاحظ أنه إذا قصد بالنص رعاية مصلحة طائفة من الأشخاص
فلا يجوز اتباع التفسير الضيق إذا ترتب على ذلك أن ينقلب النص فيصير
ضاراً بمصلحة هؤلاء الأشخاص .

٢٥٤ - (٣) وقد يقضى التفسير إلى نتيجة بعيدة جداً ، هى إهمال
النص عند ما يكون متعارضاً أشد التعارض مع قاعدة أخرى أعلى منه
أو قاعدة رئيسية . ووقوع التعارض بين نصوص القانون يمكن وإن كان
نادراً ، فإذا وجد تعارض مطلق بين نصين ولم يفلح المفسر فى التوفيق
بينهما وكان أحدهما نصين رئيسياً والآخر تبعياً أهمل النص التبعي . وإن كان
النصان على درجة واحدة من الأهمية أهمل النصان وهذه حالة نادرة .
ويسمى التفسير الذى يقضى إلى هذه النتيجة التفسير الملغى .

المطلب الخامس

استثمار الأحكام من النصوص

٢٥٥ - يجب ألا يقف التفسير عند حد التعرف على معنى القاعدة القانونية ، بل يذهب إلى أبعد من ذلك ، إلى توسيع مضمون النصوص في جميع اتجاهاتها الممكنة « فالغالب أن يتضمن النص أكثر من مبدأ يكون أحدها صريحاً أما الباقي فيمكن إظهاره بطريق الاستنتاج . ثم إن ربط النصوص بعضها ببعض يؤدي إلى أن يبدو بعضها على هيئة قواعد عامة في حين يأخذ بعضها الآخر طابع الاستثناء ، ولذا يتعين على المفسر أن يستخلص من القواعد جميع النتائج التي تستطيع هذه القواعد إنتاجها ، ولو كان بعضها صريحاً والآخر كامناً في أعماق تلك القواعد . فللبادى القانونية مضمون كامن يكون من مهمة المفسر استخلاصه وبسطه ، وهو بهذا ينشئ المادة القانونية . وللوصول إلى هذه الغاية يستعان بقواعد منطقية ، يؤخذ في استعمالها بالحدس والحيلة . ونلن ببعض هذه القواعد فيما يلي .

٢٥٦ - (١) أن من يجوز له قانوناً الحصول على غاية معينة يجوز له أن يستخدم الوسائل المفضية إلى تلك الغاية . من هذا القبيل نص المادة ١٠٢٠ على أن المالك العقار المرتفق أن يجرى من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق .

(٢) إذا كانت الغاية ممنوعة حرمت الوسائل المفضية إلى تلك الغاية : فإذا كان هناك نص يمنع الشخص من البيع امتد هذا المنع إلى ما يفضى إلى البيع كالرهن ، إذ الرهن غالباً ما يفضى إلى البيع ، عندما لا يفي المدين بالدين فتباع العين المرهونة الضامنة للوفاء بالدين .

٢٥٧ - (٣) ما جاز كثيره فقليله جائز ، وما كان قليله ممنوعاً فكثيره ممنوع . وهذا هو ما يسمى الاستنتاج من باب أولى *argumentum a fortiori*

وموداه أنه إذا تقررت قاعدة للحالة معينة لعل معينة ووجدت حالة أخرى لم يرد بشأنها نص ولكن العلة التي اقتضت النص على الحالة الأولى تكون أكثر توافراً في الحالة الثانية فإن المفسر يطبق حكم الحالة الأولى على الحالة الثانية من باب أولى . مثال ذلك أن من لا يجوز له التصرف بعوض لا يجوز له التصرف بغير عوض . ومثاله أيضاً نص المادة ٢٣٧ عقوبات على أن « من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزي بها يعاقب بعقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية » . هذا التخفيف يطبق من باب أولى على حالة من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا فضر بها هي ومن زنى بها فأحدث بهما عاهة مستديمة وهذه جناية ؛ وبذلك تطبق عقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية ، وذلك لأنه إذا جاز تخفيف العقوبة في حالة القتل فأولى أن تخفف في حالة ما هو دون القتل .

٢٥٨ - (٤) مفهوم الموافقة : معنى هذا أنه إذا كانت هناك قاعدة مقررة لحالة معينة وكانت هناك حالة لم ينص على حكم لها ولكن تتوافر فيها نفس العلة التي أدت إلى وضع النص للحالة الأولى جاز للمفسر أن يطبق حكم الحالة الأولى على الحالة الثانية : من ذلك قياس حالة البصمة أو الختم الثابت حصولهما من المتعاقد على حالة الكتابة أو الإمضاء الثابت صدورهما من المتعاقد إذا فرضنا أن النص أعطى حكماً معيناً لحالة الكتابة أو الإمضاء وسكت عن حالة البصمة أو الختم . يبان ذلك أن المادة ٢٢٧ من القانون المدني القديم كانت تنص على أن « المحررات الغير رسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء » . وسكت النص عن حالة التعاقد بالبصمة أو الختم في حالة عدم إنكار صدورهما من المتعاقد . وإذا كانت العلة التي اقتضت الحجية في الحالة الأولى متوافرة في الحالة الثانية وهي صدور المحرر من الشخص الذي نسب إليه ذلك المحرر كان المحرر الذي عليه الختم أو البصمة الثابت صدورهما من المتعاقد يعتبر حجة على ذلك المتعاقد قياساً على حالة الكتابة أو الإمضاء .

٢٥٩ - (٥) اقتصار النص على حالات معينة يوجب تطبيق عكس حكمه على الحالات الأخرى التي لا يشملها هذا النص . وتسمى هذه القاعدة مفهوم المخالفة . ومعناها أن حكم ما سكت عنه الشارع يكون مخالفاً لحكم ما ورد النص بشأنه . إلا أن هذه الطريقة يجب أن يؤخذ بالحذر في استعمالها . فلا يجوز ، كلما نص القانون على قاعدة لحالة معينة أو على سبيل المثال ، أن يتعين تطبيق قاعدة عكسية على الحالات التي لم ترد في النص .

ولذا ينبغي لكي يجوز استعمال طريقة مفهوم المخالفة أن يكون من المؤكد أن القاعدة مقصورة على الحالات التي وردت في النص ، أي على علاقات الأشخاص أو الأشياء التي تقتضى تنظيماً عاماً بها تفرد به دون سواها .

والاستدلال بمفهوم المخالفة ليس نوعاً من التفسير الواسع ، وإن كان وسيلة لتنمية القانون . ذلك أن التفسير الواسع يعمل عندما يكون التشريع قد أراد أكثر مما قاله ولهذا يكون هدف المفسر هو إعطاء الإرادة التشريعية كامل مقصودها . أما الاستدلال بمفهوم المخالفة فيقتصد به استنباط إرادة جديدة لم يصرح بها التشريع ، إرادة مغايرة للإرادة التي أوجلت في الحالة التي نص عليها ، أي قاعدة ثانية ذات مضمون مخالف لمضمون القاعدة التي وضعها التشريع .

ومن الأمثلة التي تضرب عادة لهذه الطريقة من الاستنتاج ما يأتي :

تنص المادة ١/٩٣ مدنى على أنه : « إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن يتقضى الميعاد ، إذ يمكن أن يستنتج من هذا الحكم بطريق مفهوم المخالفة أنه إذا لم يعين ميعاد للقبول يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه .

وكذلك تنص المادة ٣٤٧ مدنى على أنه : « إذا هلك البيع قبل التسليم

لسبب لايد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إذ يمكن أن يستنتج من هذا بطريق مفهوم المخالفة أنه إذا هلك المبيع بعد التسليم لاينفسخ البيع ولايسترد المشتري الثمن .

الفرع الثاني

التكميل

٢٦٠ - قد يأتي التشريع ناقصاً في مسألة معينة ، عندما لايجد القاضى في التشريع قاعدة تمكنه من حل هذه المسألة ^(١) . وقد أثار النقص في القانون جدلاً بين الوضعيين واللاوضعيين : فلقد ظهرت في القرن التاسع عشر ، على أثر صدور التقنينات ، نظرية قال بها الوضعيون مؤداها أن التشريع يكون شاملاً لجميع الحلول وأنه لايتصور أن يوجد نقص في القانون (نظرية كمال التشريع) ، في حين يذهب اللاوضعيون إلى أنه ما من تشريع يمكن أن يخلو من نقص ، وأن ادعاء كمال التشريع هو خرافة لا يؤمن بها إلا الجماعات التي لا تزال في دور الطفولة ^(٢) .

(١) وفرق بين أن يكون القانون ناقصاً وأن يحتمل القانون على قواعد يمارس بعضها بعضاً ، إذ يسمى التشريع في الحالة الأخيرة « تشريع غير متناسق » ، في حين يعتبر القانون ناقصاً إذا لم يشتمل على قاعدة لحل نزاع معين . ويقال في بيان هذا الفرق إن القانون غير المتناسق يشتمل على ما يزيد من الحاجة . أما القانون الناقص فيخلو عما كان يجب أن يشتمل عليه . وأن علاج عدم التناسق هو التطهير purgation . أما علاج النقص في القانون فهو التكامل intégration .

(٢) ولى الدين ما يؤيد إمكان وجود النقص في التشريع . ولقد جاء في كتاب الملل والنحل للشهرستاني أنه « قد استفاد الخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لما بعث معاذاً إلى اليمن قال يا معاذ بم تحكم قال بكتاب الله قال فإن لم تجد قال في سنة رسول الله قال فإن لم تجد قال أجتهد رأيي ، قال النبي صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي وفق رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تراءه (ثروت أنيس الأسيوطى ، نقاد النظريات الفلسفية وتطورها ١٩٦٤ للرجع السابق ص ٢٥٣ رقم ٢٩٦ ، و ص ٢٥٤ هامش ٤٥) .

٢٦١ - وإذ كان النقص في التشريع أمراً مسلماً وجب أن نعرف الوسيلة إلى سد ذلك النقص . قسم الفقيه الإيطالي كارنولوتي وسائل سد النقص في التشريع إلى نوعين : وسائل تكوين خارجية ووسائل تكوين ذاتية . في النوع الأول يجوز للمفسر أن يبحث عن الحل خارج النظام القانوني الذي وجد به النقص . أما في النوع الثاني فيتعين على المفسر أن يبحث عن الحل داخل نطاق النظام القانوني ذاته .

(١) ولقد كانت الطريقة القديمة في تكوين النقص ، التي نادى بها علماء القانون (قبل قول الوضعيين بنظرية كمال التشريع) هي طريقة التكوين الخارجي : وموody هذه الطريقة هي الرجوع إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ولقد انتشرت طريقة التكوين الخارجي على أثر ضعف مركز أنصار الوضعية القانونية ، الأمر الذي أتاح لأنصار مذهب القانون الحر (الذين يمثلون مذهب القانون الطبيعي في صورته الحديثة) أن ينادوا بهذه الطريقة .

(ب) أما الطريقة الحديثة في التكوين فهي طريقة التكوين الذاتي . وسميت كذلك لأن القاضي يجب عليه أن يسد النقص الموجود في التنظيم القانوني من نفس التنظيم ذاته ، مستعيناً في ذلك بالقياس ، فإن لم يجد ذلك فعلاً فالرجوع إلى القواعد العامة في التنظيم القانوني .

٢٦٢ - وقد أخذ التقنين المدني الإيطالي بطريقة التكوين الذاتي ، فلقد نص في المادة ٢/١٢ على أنه إذا لم يوجد نص في التشريع يرجع القاضي

== ويرد الشهرستاني ظاهرة إمكان النقص في التشريع بقوله « فلم قطعاً وبقيناً أن الحوادث والوقائع في المبادات والتصرفات مما لا يقبل المحصر والمد ، ولم قطعاً أيضاً أنه لم يرد في كل حادثة لم ولا يتصور ذلك أيضاً . والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية ، وما لا يتناهي لا يضبطه ما يتناهي علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بسدد كل حادثة اجتهاد (ثروت أنيس الأسبوطي ، المرجع السابق ص ٢٥٤ هامش ٤) .

إلى النصوص التي تنظم الحالات المشابهة أو المواضع المشابهة ، فإذا بقيت المسألة مع ذلك غامضة فإنه يحكم وفقاً للمبادئ العامة في النظام القانوني للدولة (١).

أما طريقة التكميل الخارجي فقد ظهر أثرها في المادة السابعة من القانون النمساوي (١٨١١) التي تنص على أنه في حالة وجود نقص في القانون يجب على القاضي إذا لم يسعفه القياس أن يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعي . وكذلك أخذ بطريقة التكميل الخارجي التقنين المدني المصري الحالي الذي نص على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى الغرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

٢٦٣ - القياس : وأولى وسائل سد النقص في التشريع هي القياس ومقتضاها أنه إذا وجد القاضي حالة نظمها المشرع تكون مشابهة للحالة المروضة عليه والتي لم يجد لها تنظيماً مباشراً في التشريع فإنه يطبق حكم الحالة الأولى على الحالة الثانية . والقياس وسيلة معترف بها في تكميل التشريع ، ولو أن التقنين المصري لم يذكرها في حين ذكرها بعض التشريعات سواء في ذلك ما اتبع طريقة التكميل الخارجي وما اتبع طريقة التكميل الذاتي . ولكن لما كان أساس القياس هو فكرة أن الحالات المتماثلة في الطبيعة يجب أن يكون حكمها واحداً كان من المتعين الالتجاء إلى القياس دون حاجة إلى ترخيص من المشرع . هذا بالإضافة إلى أن النظام القانوني

(١) ومن الشراح الإيطاليين من يرى أن الرجوع إلى المبادئ العامة في القانون هو من قبيل التكميل الخارجي ، بناء على أن الرجوع إلى هذه المبادئ يقتضي القهقري ما وراء الحلول التشريعية وبالتالي إلى ما يجاوز حدود القانون الوضعي (ينظر ، تفسير القوانين ، . . ، ١٩٤٩ ص ٥٢) .

ليس بمجموعة من قواعد جامدة يوجد بعضها إلى جوار بعض ، بل هو كل متناسق ترتبط قواعده بعضها ببعض . ويرى بعض الشراح (بويو) أن أساس جواز أو وجوب الالتجاء إلى القياس في التقنيات التي لم يرد له ذكر فيها هو قاعدة غير مكتوبة موجودة ضمناً في النظام القانوني ، وأنه لما كان القانون لا يستلعب المحافظة على كيانه بدون القياس جاز اعتبار هذه القاعدة الضمنية قاعدة قانون طبيعي بالمعنى الوحيد المقبول لهذه العبارة . إن الشارع كائن عاقل يرسم الأهداف ويختار أصح الوسائل التي تؤدي إلى هذه الأهداف . ولذا فإنه عندما يبسط المفسر حكم حالة منصوص عليها إلى حالة لم يرد بشأنها نص ، مستهدياً في ذلك بحكم النص فإنه يقوم بعمل يستند فيه إلى ثقته في معقولة المشرع .

٣٦٤ - أنواع القياس : ويذكر الشراح عادة نوعين من القياس : قياس حالة لم يرد بشأنها نص على حالة ورد بشأنها نص ، ويسمى القياس التشريعي *analogie legis* . وقياس حالة لم يرد بشأنها نص على مجموع المبادئ القانونية وروح النظم القانوني . ويسمى القياس القانوني *analogie iuris* بحيث إذا لم يجد القاضي حالة منصوصاً عليها مشابة للحالة المعروضة عليه والتي لم يرد بشأنها نص وجب عليه أن يؤلف قاعدة من مجموعة الحالات التي نظمها القانون والتي تعتبر مظهراً لمبدأ عام لم يذكر صراحة في القانون .

٣٦٥ - شروط القياس : يشترط لإمكان استعمال القياس الشروط الآتية ١ - فيجب ألا يكون هناك نص يحكم الحالة المراد الفصل فيها ، بمعنى أنه لا يوجد نص في التقنين سواء في معناه اللفظي أو معناه المنطقي . وعلى ذلك إذا أمكن الفصل في الحالة المعروضة بناء على التفسير الواسع فلا حاجة عندئذ إلى القياس ، إذ تكون بحدود حالة تندرج في عداد ما قصد المشرع تنظيمه وإن كان تعبيره قد جاء أقل شمولاً مما يجب .

٢ — أن يكون ثمة تشابه في الجوهر بين الحالة التي نظمها القانون والحالة التي يراد تنظيمها ذلك أن كل واقعة قانونية تشتمل على نوعين من العناصر : عناصر أساسية وعناصر عرضية . وعند مقابلة الواقعة التي نظمها القانون بالواقعة التي لم يرد لها تنظيم مماثل يجرى القاضى الواقعة الأولى من عناصرها العرضية ويكتفى فقط بعناصرها الأساسية، وبهذا يستطيع أن يقرر ما إذا كان هناك شبه . مثال ذلك أن القانون قد نص على أن التدليس عيب يجعل العقد قابلاً للإبطال (م ١٢٥) ومع ذلك فما من شك في أن التدليس يؤثر في سائر التصرفات القانونية التي ليست من قبيل العقود، وذلك بناء على ما بين العقد والتصرف القانوني من تشابه في العناصر الأساسية وهي أن كلا منهما يقوم على تعبير عن الإرادة .

٣ — يجب ألا تكون القاعدة التي يراد بسط حكمها إلى الحالة غير المنصوص عليها قد وردت لحالة تعتبر استثنائية . فإورد على خلاف القياس فعله لا يقاس . والمقصود بالقاعدة الاستثنائية القاعدة التي تخرج على حكم قاعدة عامة ، أو هي التي تنظم مسلكاً بطريقة تخالف الطريقة التي كان لينظم بها عند عدم وجود القاعدة الاستثنائية . فإذا كانت هناك قاعدة عامة تعتبر مسلكاً ما محرماً فيعتبر استثناء من تلك القاعدة قاعدة تحل مسلكاً كان يمكن أن يعد محرماً لولا وجود هذه القاعدة التي اعتبرته حلالاً . وبالجمله تعتبر القاعدة استثنائية إذا أخرجت مسلكاً معيناً من حكم قاعدة عامة لظروف معينة .

٣٦٦ — القياس في القانون الجنائي : لا يجوز القياس في القانون الجنائي في قواعده التي تحرم فعلاً من الأفعال . وهذا هو مقتضى نص الدستور (م ٢٧) على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون . والمحكمة من هذا النص هي تأمين الحرية الفردية من تحكم السلطة القضائية . وإذا كانت العلة في تحریم القياس في القانون الجنائي هي ما ذكرنا فإنه

ينجم عن ذلك أن يكون تحريم القياس مقصوراً على القواعد الجنائية التي تحرم فعلاً من الأفعال لا القواعد التي ترفع عن فعل صفة الجريمة أو تنص على ظرف مخفف أو على سبب لسقوط العقوبة ، إذ يزول تحريم استعمال القياس بزوال العلة التي دعت إلى ذلك التحريم . وعلى ذلك يجوز استعمال القياس في قواعد القانون الجنائي التي تكون أصلح للنهم وهي التي تنص على سبب من أسباب الإباحة أو ظرف من الظروف المخففة أو سبب مسقط للعقاب .

* ٢٦٧ - القياس والتفسير الواسع : يفرق الشراح بين القياس والتفسير الواسع فيقولون إن القياس يفترض حالة لم يرد بشأنها نص ، أما التفسير الواسع فيفترض أن الحالة تندرج ضمن التنظيم القانوني وتدخل في معنى النص وإن كان لفظه يبدو غير مشتمل عليها ، في التفسير الواسع توجد إرادة التشريع وإن كانت عبارة النص غير الدقيقة لا تدل على تلك الإرادة من حيث الظاهر ، أما في القياس فلا توجد إرادة تشريعية ولكن تستمد هذه الإرادة من حالات مشابهة تجلت فيها إرادة التشريع .

ويرتب بعض الشراح على هذه الفروق النظرية فروقاً عملية . فيقولون إن القاعدة التي لا تجز بسط القواعد الجنائية والقواعد الاستثنائية إلى ما يجاوز حدود الحالات المنصوص عليها صراحة إنما تتعلق فقط بالقياس لا بالتفسير الواسع . بمعنى أن القياس هو وحده الذي لا يجوز إعماله في القواعد الاستثنائية ، بسبب أن هذه القواعد قد وضعت فقط لطوائف محدودة من الأشخاص أو الأشياء أو العلاقات وبذلك تشكل مجالا مقفلا لا يجوز للمفسر أن ييسطه . فالشارع هو وحده الذي يملك ذلك . لذا كان من المنطوق لإعمال دلالة مفهوم المخالفة في هذا المجال ، ومؤداها أن المشرع لا اعتبارات مصلحية خاصة ، قد قصر النص على أشخاص معينين أو وقائع معينة ، وأراد ألا يسرى هذا النص على غير هؤلاء الأشخاص أو تلك الوقائع . وإذا كان القياس تطبيقاً لإرادة المشرع على حالات لم يرد بشأنها

نص ، وبالتالي تنظيم الحالات جديدة على نحو ما كان يفعله المشرع لو كان قد أتيح له تنظيمها فانه لا يجوز إعماله حيث يكون ذلك مخالفاً لإرادة منضبطة عند المشرع ، الذي قصد أن يقول : في غير هذه الحالات أريد أن يجرى التنظيم على عكس التنظيم الذي وضعته .

بخلاف التفسير الواسع فيرى أنصار هذا الرأي أنه يجوز إعماله في القواعد الاستثنائية والقواعد الجنائية بناء على أن المقصود من التفسير الواسع هو تكوين الإرادة التشريعية ، وأنه لا يمنع من هذا قاعدة أن الاستثناء لا يتوسع في تفسيره ، إذ لا تتعلق هذه القاعدة بالتفسير الواسع بل بالقياس .

في حين تذهب قلة من الشراح إلى التسوية بين التفسير الواسع والقياس من حيث عدم جواز إعمال كل منهما في القواعد الاستثنائية والقواعد الجنائية . وحجة هذا الرأي أنه في القواعد الجنائية يجب أن يكون المواطنون على علم بما هو ممنوع وما هو مباح ، ومن ثم يجب أن يكون نص القانون على ما هو ممنوع نصاً صريحاً ، وأنه يجب أن يكون كل ما لم يرد نص بشأنه مباحاً ، فإذا وجد غموض أو شك حول مشروعية العمل أو عدم مشروعيته وجب اعتباره مشروعاً . أما القواعد الاستثنائية فتتضمن إخلالاً بقاعدة المساواة بين المواطنين ، ولذا يجب أن ينظر إليها المفسر نظرة المستريب فيطبقها في أضيق نطاق ممكن .

٢٦٨ — وسائل التكميل الأخرى : إذا عجز القاضى عن أن يجد حلاً للمسألة المعروضة عليه عن طريق القياس فعنى هذا أنه لم يجد نصاً في التشريع سواء في لفظه أو في معناه . وتعين عليه عندئذ أن يبحث في العرف عن حكم للحالة المعروضة عليه . فإن لم يجد في العرف فإنه يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإن لم يجد التجأ إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ومن المعقول أن تعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة هي المعيار الأخير الذي لا يتصور أن يوجد بعده معيار آخر ، إذ المفروض أن القانون الطبيعي هو قانون كامل شامل ، يوجد فيه حل لكل نزاع يمكن أن يعرض على القاضي . ويترتب على ذلك تقييدتان : الأولى هي أنه لم يعد عذر للقاضي في ألا يحكم في المسألة المعروضة عليه بحجة عدم وجود نص . ولذا اعتبر امتناعه عن الفصل في النزاع جريمة تسمى جريمة الامتناع عن الحكم . فلقد نص في المادة ١٢٢ من قانون العقوبات على أنه : « إذا امتنع أحد القضاة عن الحكم يعاقب بالعزل أو بغرامة لا تزيد على عشرين جنياً ، وأنه . يعد ممتنعاً عن الحكم كل قاض أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه في هذا الشأن بالشروط المبينة في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية ، ولو احتج بعدم وجود نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأى وجه آخر » .

الثانية هي أنه لا يتصور أن يتبرر الفقه في مصر فرض إمكان وجود حالة لا يوجد لها حل في القانون الطبيعي ، بخلاف ما لو كان المشرع قد جعل المعيار الأخير هو المبادئ العامة في القانون الوضعي . إذ لم يكن هذا لينبع الفقه من القول بإمكان وجود حالات لا يوجد لها حل في المبادئ العامة للقانون ، على نحو ما حصل فعلاً في الفقه الإيطالي الذي لم يمنعه اعتبار المبادئ العامة في القانون هي المعيار الأخير من الذهاب إلى إمكان وجود حالات ليس لها حل في تلك المبادئ العامة .

الفروع الثالث

مذاهب التفسير وموقف القانون المصري منها

٢٦٩ — ثمة مذاهب ثلاثة في التفسير . نعرضها في إيجاز لكي نعرف بأيها أخذ التقنين المدني المصري في المادة الأولى منه .

٢٧٠ - (١) مذهب المشرع على المتون Ecole de l'Exégèse :
أساس هذا المذهب هو تقديس النص وأن التفسير يجب أن يكون هدفه
الوحيد هو التعرف على إرادة المشرع. ولقد ساد هذا المذهب في فرنسا عقب
صدور تقنين نابليون ، بناء على اعتقاد الفقه والقضاء في أن هذا التقنين قد
أحاط بكل شيء ، وأن المفسر يستطيع عن طريق التفسير اللفظي والتفسير
المنطقي والأعمال التحضيرية أن يجد فيه حلاً لكل ما يمرض عليه من حالات
يريد الفصل فيها . ولذا قام هذا المذهب على الأسس الآتية :

(١) يجب أن تكون مهمة المفسر هو الحصول من النص على كل
ما يمكن أن يعطيه عن طريق التفسير الحرفي والمنطقي مع الاستعانة في هذا
بوسائل متعددة كالقياس العادي (مفهوم الموافقة) ومفهوم من باب أولى
ومفهوم المخالفة .

(ب) عند غموض النص يجب التعرف على نية المشرع وقت وضعه
النص ، مع الاستعانة في ذلك بوسائل متعددة كاستقريب النصوص بعضها
من بعض ، والرجوع إلى السوابق التاريخية ، والاعتماد على الأعمال
التحضيرية .

(ج) عند عدم استطاعة التعرف على نية المشرع الحقيقية يجب افتراض
هذه النية فيفترض المفسر أن المشرع لا بد أنه كان يريد أن تكون القاعدة
على نحو معين . ويستعان في ذلك بما قرره المشرع في حالات أخرى ،
وبالرجوع إلى السوابق التاريخية .

(د) عند عدم وجود نص في التشريع لحالة معينة يجب على المفسر ،
وفقاً لهذا المذهب ، أن يلجأ إلى القياس .

٢٧١ - ولقد عيب على هذا المذهب إفراطه في الالتجاء إلى المنطق ،

وثقته الكبرى في الأعمال التحضيرية حتى لقد اعتبرها من قبيل المصادر الرسمية في التفسير ، وحرصه على تحررية المشرع وقت وضعه النص مع ما يؤدى إليه هذا من حل المسائل الجديدة بوسائل قديمة . وكان أكبر ما عيب على هذا المذهب هو أنه يحيز افتراض إرادة المشرع عند عدم إمكان التعرف عليها ، وهذا يفضى إلى التحكم .

٢٧٢ - (٢) المذهب التاريخي أو الإيماني Ecole historique ou

Sociale : زعيم هذا المذهب في فرنسا هو الفقيه الفرنسي سالى Saleilles . ويصدر هذا المذهب عن فكرة معينة هي أن التشريع متى صدر انفصل عن إرادة واضعيه وأصبح كائناً مستقلاً يحيا حياة خاصة به ، تتيح له أن يتغير بتغير الجماعة ومطالبها . وإذا يصير التشريع كائناً مستقلاً له حياته الخاصة فإنه يجب إذا دعت الحاجة إلى تفسيره أن يفسر ، لا وفقاً لإرادة واضعيه ، بل وفقاً للمعنى الذى يتيح له أن يحقق أهداف العدل والمصلحة الاجتماعية^(١) . وليس هدف التفسير هو الوصول إلى إرادة المشرع بل تحقيق مطالب البيئة الاجتماعية . فلا يعول على إرادة المشرع إلا بقدر تمثيلها عن حاجات هذه البيئة . ولما كانت هذه البيئة متغيرة باستمرار لم يكن ثمة مقتضى للتقيد بإرادة أصبحت عتيقة . وعلى ذلك إذا تغيرت الظروف بحيث لم يعد المعنى الأصلي متسقاً مع الظروف الجديدة ، أو كان هنالك نقص في التشريع يجب الاستهداء بالعوامل الاجتماعية التى تقارن حياة القانون في كل مظهره وتوضح أغراضه ومراميه .

(١) وفى هذا المعنى يقول : سالى « يكاد يتفق الرأى على أن تفسير القانون ليست عايجه التعرف على إرادة المشرع ، إذ التعرف على هذه الإرادة شيء مستحيل وهدف خيالي ، لما أنه ينبغي التعرف على إرادة المشرع أن نعرف ماذا كان يريد كل من اشترك في عمل القانون وأن نستخلص من هذا إرادة عامة هي إرادة الأغلبية ، وهذه كلها أشياء لا يمكن الوصول إليها » (التمييز عن الإرادة ، للمادة ١٣٣ رقم ٤٣) .

ولا يعول هذا المذهب على الحكمة من التشريع كما كانت عند وضعه ، وإنما يعتمد بالحكمة التي تكون له وقت تطبيقه ، أى أن الحكمة من التشريع (هى حكمة شخصية وتاريخية وفقاً للمذهب القديم) نصير حكمة موضوعية وحاضرة وفقاً للمذهب التاريخي .

٢٧٣- وقد يكون من حسنات هذا المذهب أنه إذا تغيرت الظروف تغيراً عميقاً لم تعدل بسببه النصوص للتوفيق بينها وبين الحاجات الجديدة ، فإن هذا التوفيق يمكن أن يتحقق عن طريق التفسير ، وبهذا يكسب القانون بفضل هذا المذهب مرونة تتبع له أن يستجيب لمطالب العصر الجديدة ، دون حاجة إلى إعادة النظر فيه من وقت لآخر لتعديله في ضوء ما استجد من ظروف .

ولكن عيب على هذا المذهب أنه يستخدم النص ليصل منه إلى غير ما أراد واضعوه . وبهذا لا يكون للقانون أى قيمة ذاتية ، فلن يكون له إلا المعنى الذى يعطيه له المفسر ليوائم بينه وبين حاجات العصر وهكذا يقوم المفسر بخلق القانون تحت ستار التفسير .

٢٧٤- (٢) **مذهب البحث العلمى الحر** ^(١) Ecole de la libre-recherche scientifique : ظهر هذا المذهب فى فرنسا على يد الفقيه الفرنسى

(١) ويقابل هذا المذهب فى ألمانيا مذهب القانون الحر Freirechtlehre ، الذى اتخذ مظهراً باسم بالبرأة تارة والحروج على الأوضاع التقليدية تارة أخرى . بدأت طلائع هذا المذهب عند وضع Adickes كتابه « فى نظرية مصادر القانون Lehre v. den Rechtsquellen » (كاسيل ١٨٧٢) حاجم فيه نظرية مصادر القانون وأنكر أن يكون التشريع والعرف هما اللذان يفتشان القانون وقال إن القاضى يجب أن يعتمد على ضميره فى خلق القانون الحر متجاوزاً حدود القانون الوضعى الذى يعتبر قيداً على حريته فى عمل القانون . وظهر بعد ذلك كتاب Bülow « التشريع ومهمة القاضى Gsetz und Richteramt » (ليپزج ١٨٨٥) حيث بالغ فى وظيفة القاضى فأسند إليه قوة خلق القانون ، مما يؤدى إلى أن يوجد إلى جوار القانون الوضعى والعرف قانون قضائى . وفى سنة ١٨٩٦ نشر كوهلر كتابه « تفسير =

جيني Geny في مؤلفه « طرق التفسير ومصادر القانون الخاص الوضعي » ومؤدى هذا المذهب أنه عند عدم وجود نص تشريعي يحكم الحالة المعروضة أمام القاضي فإن القاضي يلجأ إلى البحث العلني الحر ، في عمل القاعدة التي يطبقها على الحالة التي أمامه ، مستهدياً في ذلك بالحقائق الواقعية والتاريخية والفعلية والمثالية . ويسمى بحثه حراً لعدم وجود سلطة وضعية يستمد منها القاعدة التي يريدتها ويسمى بحثه علنياً لأنه يقوم على أساس العناصر الموضوعية التي يمد بها العلم .

٢٧٥ — أما عن موقف التقنين المدني المصري من هذه المذاهب فنقول إن المادة الأولى من هذا التقنين تتكلم في فقرتها الأولى عن التفسير ، وتتكلم في فقرتها الثانية عن التكميل .

إذ تقول الفقرة الأولى « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في خوارها » .

ولقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي أن « التشريع هو أهم مصادر القانون . . . ولذلك يخلق بالقاضي أن يلتبس الحكم الذي يطبق في نصوص التشريع أولاً . ومتى وجد الحكم فيه أو استخلصه منه تمين أن يحضيه

التشريعات über die Interpretation der Gesetze . درس فيه نظرية التفسير مبزراً قوة القضاء الخلافة . ثم أخرج بعد ذلك شلوسمان كتابه « الخلط في الصفات الجوهرية Irrtum über wesentl. Eigenschaften » (بينا ١٩٠٣) وصف فيه التشريع بأنه مجرد ورقة مطبوعة يستحيل أن تكون لها إرادة يتعبرها المفسر . واتخذ مذهب القانون الحر أجراً صوره في كتاب Kantorowicz « الكفاح من أجل العلم القانوني Der Kampf um die Rechtswissenschaft » (هيد ليرج ١٩٠٦) اتفق فيه دور القاضي في النظرية التقليدية ونادى فيه بأن يكون القاضي حرية مطلقة وأن تكون سلطته التقديرية غير محدودة وأن يكون حكمه بناء على سلطته التقديرية غير مقيد بتسبيب أحكامه . (انظر أيضاً كتاب الدكتور ثروت أنيس الأسيوطى ، نشأة النظريات الفلسفية وتطورها ، المرجع السابق ص ٢٩٧ رقم ٣٣٧ وما يليها) .

وامتنع عليه الأخذ بأسباب الاجتهاد . ونصوص التشريع تسرى على جميع المسائل التي ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أم من روحه . وليس أدعى إلى إسلاس تطبيق القواعد التشريعية وتيسير أسباب المرونة لها من تقصى روح النص إما بالرجوع إلى مصادره التاريخية أو أعمال التحضيرية وإما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالاته بطرق التفسير المختلفة .

ويدل هذا على أن التقنين المدني يبدأ أولاً بطريقة التفسير اللفظي والمنطقي . وهذا هو القدر الذي أخذ به من المذهب القديم . وهو قدر لازم إذ لا يمكن في التفسير صرف النظر عن النصوص .

ثم تصنيف نفس المذكرة إلى ذلك أن ، الإشارة إلى روح النص أو لغواه أفضل . . . من الإشارة إلى . . . نية المشرع . فهذه النية أمر مستتر ، يفترض وجوده في الغالب ، وقد لا يطابق الحقيقة في كثير من الأحيان ، وقد لا يتاح الوقوف عليه في أحيان أخرى . فالواقع أن النص متى خرج من يد واضعيه اتصل بالحياة وتفاعل معها وأصبح للظروف الاجتماعية في تحديد نطاقه ومراميها شأن يجاوز في خطره نية المشرع .

ويدل هذا على أن التقنين المدني لم يشأ أن يأخذ بمقتضى المذهب التقليدي في تحرى نية المشرع ، بل رأى أن الأولى هو البحث عن روح التشريع ، وبرر ذلك بانفصال النص عن واضعه وهو يريد بذلك أن يستبدل بنية المشرع ما يسعى بالإرادة التشريعية فيجعل للتشريع إرادة مستقلة عن إرادة المشرع ، بحيث يمكن إعطاء النصوص مرونة تكفل لها أن تستجيب لمقتضيات العصر الذي تطبق فيه . وفي هذا أخذ بقدر قليل من المذهب التاريخي .

٢٧٦ - وتكلم الفقرة الثانية عن حالة نقص التشريع ، وهي في ذلك

تسلم بإمكان وجود النقص في التشريع . وتحيل القاضي عندئذ إلى العرف . باعتباراه المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة . . . فإن لم يجد وجب عليه أن يلتجئ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإن لم يجد إلتجأ إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . فالتقنين لم يشأ أن يحيل القاضي إلى المبادئ العامة في قانون الدولة كما جاء في التقنين المدني الإيطالي الجديد أو إلى مبادئ القانون العامة كما جاء في التقنين الصيني . بل فضل عبارتي « القانون الطبيعي والعدالة » وهو لا يقصد من هذا أن يرد القاضي إلى ضابط يقيني بل أن يلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل التسلل عن القضاء . ثم هو يقتضيه في اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لاهن تفكير ذاتي غاص (١) .

ويفهم من هذا أن المفسر عند عدم وجود النص يجتهد رأيه ، وهو في هذا يكون حراً في بحثه عن الحل . وهذا هو مقتضى البحث العلمي الحر . غير أن حرية المفسر هذه لاتصل به إلى تكوين القاعدة وفقاً لأفكاره القانونية الشخصية بل تقيده باعتبارات موضوعية عامة بالتجائه إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

من هذا نرى أن المادة الأولى من التقنين المدني الحالي قد أخذت بقدر من كل المذهب التقليدي والتاريخي في التفسير وبمذهب البحث العلمي الحر في التكميل .

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الأول من ١٨٦ وما بعدها .

الفصل الخامس

النطاق الزماني والمكاني للقواعد القانونية

نتكلم هنا في مسألتين : تطبيق التشريع من حيث الزمان ثم تطبيقه من حيث المكان.

المبحث الأول

تطبيق التشريع من حيث الزمان

ندرس هنا أيضاً مسألتين : الأولى هي المدى الزمني لانطباق التشريع والثانية هي مدى فاعلية التشريع من حيث الزمان .

الفرع الأول

المدى الزمني لانطباق التشريع

٢٧٧ - ويقصد بهذه المسألة وقت بداية العمل بالتشريع ووقت نهاية العمل به . أما عن وقت بداية العمل به فلقد علمنا أن التشريع يبدأ العمل به إما فور نشره وإما بعد ذلك بمدة ينص عليها المشرع . وفي الحالة الأولى يكون التشريع موجوداً وناظراً ، أما في الحالة الثانية فيكون التشريع موجوداً دون أن يكون نافذاً ، فلا يطالب أحد باحترامه ولا يكون من واجب القاضى أن يطبقه إلى أن تنتهي المدة المحددة لبده العمل .

أما عن وقت انتهاء العمل بالتشريع فيختلف بحسب ما إذا كان المقصود بالتشريع هو أن يعمل به فقط لمدة محدودة منصوص عليها أو كان المقصود به أن يستمر العمل به من غير تحديد مدة . في الحالة الأولى ينتهي العمل

بالتشريع بمجرد انقضاء المدة المحدودة للعمل به وتزول عنه كل فاعلية دون حاجة إلى إلغاء . ويمكن أن يسمى هذا التشريع بالتشريع المحدود المدة . ومثاله التشريعات التي تصدر في أوقات الحروب أو الأزمات أو الحوادث غير العادية .

أما إن قصد بالتشريع أن يستمر لمدة غير محدودة ، وهذا هو الغالب ، فإن التشريع يظل قائماً نافذاً . لا يفقد فاعليته إلا بمقتضى تشريع لاحق يجرده من هذه الفاعلية ، وهذا هو ما يسمى بالإلغاء وبه ينتهى العمل بالقانون الملغى (القديم) .

المطلب الأول

الإلغاء

Abrogation

٢٧٨ - الإلغاء هو تجريد القاعدة القانونية من كل قوة ملزمة سواء بإصدار تشريع آخر بدلا منه أو بدون إصدار تشريع آخر ، وسواء أكانت القاعدة الملغاة قاعدة تشريعية أو قاعدة عرفية .

ومقتضى التدرج التشريعي ألا تلغى القاعدة التشريعية إلا قاعدة تشريعية أخرى أقوى منها أو في مثل قوتها : فالتشريع الدستوري لا يلغيه إلا تشريع دستوري ، والتشريع العادي لا يلغيه إلا تشريع عادي أو تشريع دستوري فلا يلغيه عرف ولا تشريع فرعي . والقاعدة العرفية تلغى بقاعدة تشريعية أو قاعدة عرفية عكسية تتكون بالتدرج إذا توافرت فيها عناصر القاعدة العرفية ، العنصر الخارجى والعنصر الداخلى .

المطلب الثاني

صور الإلغاء

٢٧٩ - نصت المادة ٢ من التقنين المدنى الحالى على أنه « لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » .

ومؤدى هذه المادة أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق عليه وأن الإلغاء كما يكون صريحاً وهو الأصل يجوز أن يكون ضمناً .

(١) ويكون الإلغاء صريحاً عندما ينص التشريع الجديد صراحة على إلغاء النصوص السابقة التى يبينها جملة أو تفصيلاً .

(٢) أما الإلغاء الضمنى فيتحقق بطريق الاستنتاج ، من الطريقة التى اتبعها التشريع الجديد . ولقد ورد فى التقنين المدنى الحالى صورتان للإلغاء الضمنى : الأولى هى أن يشتمل التشريع الجديد على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، والثانية هى أن يعيد التشريع الجديد تنظيم الموضوع الذى سبق أن نظمه التشريع القديم .

٢٨٠ - الصورة الأولى : تعارض التشريع الجديد مع التشريع القديم . وفى هذه الحالة لا يلقى من نصوص التشريع القديم إلا ما يعتبر متعارضاً مع نصوص التشريع الجديد . ومؤدى هذا أنه يمكن أن يكون الإلغاء الضمنى جزئياً أو كلياً بحسب ما إذا كان التعارض بين نصوص التشريع الجديد ونصوص التشريع القديم مقصوراً على مسألة خاصة أو كان ينصب على نفس المبدأ الذى يصدر عنه كل من التشريعين ، أى بحسب ما إذا كان التعارض جزئياً أو كلياً .

و غالباً ما يؤدي الإلغاء الجزئي إلى مسائل تفسيرية دقيقة ، أهمها المسألة المتعلقة بصدر تشريع جديد يشتمل على قواعد خاصة تتعارض مع قواعد عامة موجودة في قانون قديم ، أو صدر تشريع جديد يشتمل على قواعد عامة تتعارض مع قواعد خاصة في قانون قديم :

في الحالة الأولى نجد القواعد الخاصة لا تؤثر في القواعد العامة إلا فيما يتعلق بالقطاع التي أعدت هذه القواعد الخاصة لتعمل فيه : فإذا فرضنا قانوناً يشتمل على قواعد عامة تنظم مركز موظفي الدولة ثم صدر تشريع جديد ينظم مركز طائفة معينة من الموظفين كأعضاء هيئة التدريس بالجامعات في هذا الفرض نجد القواعد الخاصة بتنظيم مركز أعضاء هيئة التدريس بالجامعات تخرج هؤلاء عن حكم القواعد العامة التي تنظم مركز سائر موظفي الدولة . أي أن هذه القواعد الخاصة لا تلغى القواعد العامة بل تستثنى منها *Lex specialis posterior derogat generali* .

أما في الحالة الثانية فتمت خلاف في الرأي : إذ يرى بعض الشراح أن القاعدة في هذا الشأن هي أن القواعد العامة الجديدة لا تؤثر في القواعد الخاصة السابقة *Lex posterior generalis non derogat prior speciali* فإذا فرضنا أن كان هناك تشريع خاص ينظم مركز طائفة معينة من الموظفين ثم صدر تشريع يضع قواعد عامة ينظم بها مركز موظفي الدولة جميعهم فلا تؤثر القواعد العامة اللاحقة على القواعد الخاصة السابقة بل تبقى هذه باعتبارها استثناء .

في حين يذهب فريق آخر من الشراح إلى أن القاعدة في هذا الصدد هي أن القواعد العامة الجديدة تعطل القواعد الخاصة السابقة من وجه أنها تلغى صراحة أو ضمناً إلا في حالة ما إذا نصت القواعد العامة الجديدة على بقاء

القواعد الخاصة السابقة ، أو كان هناك من الظروف الخاصة ما يقتضى بقاء تلك القواعد الخاصة السابقة كما إذا كانت الظروف الخاصة التى أدت إلى تلك القواعد الخاصة لازال قائمة . وفى هاتين الحالتين تبقى تلك القواعد الخاصة قائمة رغم صدور قواعد عامة لاحقة متعارضة مع تلك القواعد الخاصة .

والرأى الثانى أكثر اتساقاً مع المنطق من الرأى الاول الذى يعتبر بقاء الأحكام الخاصة السابقة من قبيل الاستثناء من القواعد العامة اللاحقة مع أن المجهود أن يكون الاستثناء لاحقاً على القاعدة أو معاصراً لها . أما أن يكون سابقاً عليها فلا يكون إلا بنص فى القواعد العامة الجديدة يسمح ببقاء القواعد الخاصة .

٢٨٣ - الصورة الثانية للإلغاء الضمنى : تنظيم التشريع الجديد للموضوع الذى سبق أن قرر قواعده التشريع القديم - إذ يدل هذا على رغبة المشرع فى تصفية الماضى . والقرض هنا أنه لا تعارض بين أحكام التشريع الجديد وأحكام التشريع القديم فى تنظيم نفس الموضوع ، ومع ذلك يترتب على تنظيم التشريع الجديد لنفس الموضوع من جديد إلغاء أحكام التشريع القديم بناء على أن المشرع ، إذ ارتأى تنظيم الموضوع نفسه من جديد لا بد أن يكون قصده هو إلغاء التشريع السابق الذى كان ينظم نفس الموضوع من قبل .

٢٨٤ - هل توجد طرق أخرى للإلغاء : يتبين من سياق المادة الثانية من التقنين المدنى أن طرق الإلغاء قد وردت على سبيل المحصر . ويترتب على ذلك أن لا تزول عن التشريع فاعليته ولو زالت الظروف التى كانت السبب فى وضع ذلك التشريع . وتبعاً لذلك لا وجه لصحة القاعدة التى تقول إن التشريع ينتهى بانهاء السبب الذى أدى إلى وجوده *Cessante ratione legis cessat et ipsa lex* بوجه ذلك أنه بما لا توطن

عواقبه أن يكون للفرد في كل حالة أن يقدر بنفسه ما إذا كانت العلة من وجود القانون قد انتهت أم لا تزال باقية . إن القانون متى صدر يجب أن يبقى نافذاً إلى أن يلغيه تشريع آخر لاحق . وعلى المشرع وحده يقع واجب أن يستبدل بقاعدة عتيقة قاعدة أخرى أكثر انفتاحاً مع الظروف الاقتصادية الحالية . فخاصية الاستقرار — وهي من العلاقات المميزة للتشريع والتي تجعل منه مصدراً كاملاً للتعرف على القواعد القانونية — تقتضى أن تكون القوة الملزمة التي يتمتع بها التشريع فوق كل شك ، حتى لو صار الناس في ضيق من نصوصه أو أصبحت تلك النصوص غير ذات فائدة (١) .

وكذلك يترتب على الطابع الحصرى لطرق الإلغاء ألا يجوز لقاعدة عرفية أن تلغى قاعدة تشريعية ، هذا فضلاً عن أن القواعد العرفية ، مع كونها قواعد قانونية ، تكون أدنى من القواعد التشريعية .

كذلك لا تلغى القاعدة التشريعية بعدم استعمالها خلال مدة طويلة من الزمان . أولاً لأن القانون لم ينص على عدم الاستعمال كطريق من طرق الإلغاء ، ثانياً ، لأن عدم الاستعمال قد يكون راجعاً إلى عدم كفاية القائمين على تطبيقه ، فما يلبث أن يزول هذا العائق المؤقت حتى يعود للتشريع كامل فاعليته .

ويلاحظ أنه إذا ألغى تشريع ملغ لا يترتب عليه أن يعود من تلقاء نفسه التشريع القديم الذي كان قد ألغى من قبل . ذلك أن التشريع الذي

(١) إلا أن هناك من المصاح من يرى أن القوق السلم يدعو إلى عدم المبالغة في هذا الاتجاه وأن القانون الذي أدت إلى وجوده ظروف معينة يصير بعد زوال هذه الظروف نصوصاً ميتة لا أهمية لها وأنه لذلك يجب أن ينتهى من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إلغاء تشريعي . وأنه في هذه الحدود تصح قاعدة « يزول القانون بزوال الأسباب الداعية إليه » .

التي يفقد بالغائه كل قوة ملزمة ويجب لكي يعود إلى الوجود مرة أخرى أن ينص المشرع على ذلك صراحة .

الفرع الثاني

مدى فاعلية التشريع من حيث الزمان

(تنازع القوانين من حيث الزمان)

٢٨٥ — يقصد بمدى فاعلية التشريع من حيث الزمان تحديد العلاقات التي يجب أن يحكمها التشريع عند بدء العمل به . والمقصود بتنازع القوانين من حيث الزمان أن يتنازع قانون قديم وقانون جديد حكم علاقة قانونية نشأت في ظل قانون قديم واستمرت قائمة حتى صدر القانون الجديد . فهل يستمر القانون القديم ، بعد إلغاءه ، في حكم العلاقة التي نشأت في ظله ، أم أن القانون الجديد هو الذي سيتولى حكم هذه العلاقة بعد إلغاء القانون القديم ؟

قد يتدخل المشرع لفض النزاع بين التشريعين فيضع قواعد ينظم بها الانتقال من تشريع إلى تشريع آخر ، وتسمى هذه القواعد بالقواعد الانتقالية ، التي تصاحب عادة التشريعات الهامة فتأتي في مقدمة تلك القوانين أو في آخرها أو توضع في مكان على حدة . غير أن هذه القواعد الانتقالية غالباً ما تخالف المبادئ العامة ، لأسباب مصلحة ، بحيث لا يمكن أن نستخلص منها قاعدة أو مجموعة من القواعد يمكن تطبيقها على الحالات التي لم ينص عليها . ولهذا فإنه في حالة عدم كفاية القواعد الانتقالية أو في حالة عدم وجودها يسرى مبدأ عام يجب أن يستخدم في تنظيم فاعلية القانون الجديد . تجاه القانون القديم . ولقد ورد هذا المبدأ في المادة ١٦٣ من الدستور ، إذ

تخص على أنه لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها .

٢٨٦ — على أنه يجب لتحديد نطاق عمل كل من القانونين القديم والجديد أن نستعرض ثلاثة أنواع من العلاقات :

١ — علاقة تقع لأول مرة بعد بدء العمل بالقانون الجديد ، ودون أن تكون نتيجة لواقعة حدثت قبل ذلك . هذه العلاقة تكون من اختصاص القانون الجديد وحده ولا يجوز أن يحكمها القانون القديم الذي ألغى . هذا النوع من العلاقات هو المجال الزمني الطبيعي الذي يعمل فيه القانون الجديد . وهذا هو ما يمكن تسميته الأثر المباشر أو الفوري للقانون الجديد .

٢ — علاقة تقع في ظل قانون قديم وتستنفذ آثارها قبل بدء العمل بالقانون الجديد . هذا النوع من العلاقات يكون من اختصاص القانون القديم وحده ولا يسرى عليه القانون الجديد . وذلك بناء على نص المادة ١٦٣ التي لا تجيز أن يكون للقانون الجديد أثر فيما وقع قبل بدء العمل به . والفرض أن هذه العلاقة قد وقعت وانتهت آثارها قبل بدء العمل بالقانون الجديد فلا يجوز للقانون الجديد أن يعيد هذه العلاقة إلى الوجود مرة أخرى لينظمها من جديد . ولهذا القاعدة حكمة بالغة إذ أن ما تقتضيه الحياة الاجتماعية من ثقة واستقرار لا يجوز أن يزعجه خوف من صدور قانون جديد يغير في علاقات قانونية وقعت وتمت آثارها في ظل قانون سابق . وهذا هو ما يسمى عدم رجعية القوانين أو هو المعنى المتفق عليه لهذه العبارة .

٣ — وهناك نوع ثالث من العلاقات نشأت في ظل قانون سابق ولكنها لم تنته وقت بدء العمل بالقانون الجديد لأنها لا تتكون من عمل يتم فوراً بل من أعمال متلاحقة تتم خلال مدة من الزمن ، كالإقدام الذي يبدأ في ظل قانون قديم ولكن لا يتم قبل بدء العمل بالقانون الجديد ، أو

لأن هذه العلاقات ، مع تمام تكوينها ، استمرت تنتج آثارها حتى بعد بدء العمل بالقانون الجديد كالبيع الذى انتقلت الملكية بمقتضاه ولكن اتفق فيه على دفع الثمن على أسباط لمدة عشر سنوات بفوائد أو كالعقود المستمرة التنفيذ كمعقد الإيجار وعقد التوريد .

هذا النوع من العلاقات هو الذى يثور بشأنه التنازع بين القانون القديم والقانون الجديد : هل يستمر القانون القديم فى حكم هذه العلاقات على اعتبار أنها نشأت فى ظله أم يحكمها القانون الجديد بناء على أنها كانت قائمة وقت بدء العمل به ؟ إذا قلنا إن القانون القديم يستمر فى حكم هذه العلاقات كنا جدد ما يسمى استمرار العمل بالقانون القديم بعد إلغائه *Survie de la loi ancienne* وإذا كان القانون الجديد هو الذى ينطبق على هذا النوع من العلاقات فهل يعتبر هذا تطبيقاً للقانون الجديد بأثر رجعى أم يعتبر تطبيقاً من نوع آخر ؟ وهذا يقتضى أن نتكلم فى قاعدة عدم رجعية القوانين لنقف على معناها ومداهما الحقيقيين . ولذا نستعرض المعايير النظرية التى قيل بها فى هذا الصدد ثم نعرض لبعض التطبيقات الوضعية .

المطلب الأول

المعايير النظرية

هذه المعايير يمكن ردها إلى نظريات ثلاث . نظرية الحقوق المكتسبة . نظرية الوقائع التى تمت ، نظرية الأثر المباشر .

١ - نظرية احترام الحقوق المكتسبة

٢٨٧ - ثمة نظرية قديمة تفرق ، فيما يتعلق بالآثار المستقبلية لعلاقات سابقة على القانون الجديد ، بين ما يسمى الحقوق المكتسبة

وما يسمى بمجرد الآمال : فإذا كان انطباق القانون الجديد على الآثار المستقبلية للعلاقات السابقة يترتب عليه إهدار حقوق مكتسبة اعتبر تطبيقه باثر رجعي . ولذا يجب أن تستمر هذه الآثار خاضعة للقانون القديم رغم إلغائه . أما إذا لم يترتب على تطبيق القانون الجديد على هذه الآثار المستقبلية إهدار حق مكتسب بل إهدار مجرد أمل لا يعد تطبيق القانون الجديد على هذه الآثار تطبيقاً باثر رجعي ولذا يجب تطبيقه دون القانون القديم .

٢٨٨ - ويعرف أنصار هذه النظرية الحق المكتسب بأنه الحق الذي نشأ من علاقة تصلح لإنتاجه وفقاً للقانون المطبق وقت نشوئه ، والذي دخل في ذمة الشخص قبل بدء العمل بالقانون الجديد . أما مجرد الأمل فيعرفونه بأنه مجرد الوسيلة لا اكتساب الحق . مثال ذلك حق الموصى له ، إذ لا يعتبر حقاً مكتسباً إلا بعد موت الموصى أما قبل ذلك فيعتبر مجرد أمل . وعلى ذلك إذا صدر قانون يقلل مقدار ما يجوز الإيصاء به فإن تطبيق هذا القانون على الموصى له يكون رجعياً وبالتالي ممنوعاً إذا كان القانون قد صدر بعد موت الموصى ، إذ يعتبر تطبيقه عندئذ إهداراً لحق اكتسبه الموصى له ودخل في ذمته قبل العمل بالقانون الجديد . أما إذا صدر القانون الجديد قبل موت الموصى فإن تطبيقه فور صدوره على الوصية القائمة لا يعتبر رجعياً ويكون بالتالي جائزاً لأنه لا يهدر حقاً مكتسباً بل مجرد أمل .

٢٨٩ - تقدير هذه النظرية : مع انتشار هذه النظرية واهتقاق بعض التقنيّات لها عيب عليها أنها تصدر عن طابع فردى . وإنها لا تنطبق إلا في نطاق القانون الخاص وعلى الحقوق المالية فقط دون الحقوق غير المالية ، في حين أن قاعدة عدم الرجعية تسود القانون كله ، فهي تطبق في القانون الجنائي حيث لا يجوز أن يقال إن الشخص قد اكتسب حقاً في ألا يعاقب أو اكتسب حقاً في أن يعاقب بعقوبة أخف . ثم إن تطبيقها على حق الملكية يحول دون إمكان تطبيق القانون الجديد الذي يعدل في نظام الملكية

باعتبار أن حق الملكية حق دائم، وما دام أنه اكتسب قبل صدور القانون الجديد لا ينطبق عليه ذلك القانون دون أن يوسم بأنه ذو أثر رجعي . هذا إلى صعوبة التفرقة بين ما يعد حقاً مكتسباً وما يعد مجرد أمل .

§ ٢ — نظرية الوقائع التي تمت

٢٩٠ — تصدر هذه النظرية عن فكرة معينة هي أن القانون الذي يحكم الواقعة هو القانون الذي تمت في ظله هذه الواقعة *tempus regit factum* بمعنى أن الواقعة تخضع من حيث شروطها الشكلية والموضوعية وآثارها الماضية والحاضرة والمستقبلية للقانون التي تمت في عهده ما لم ينص القانون الجديد على استبعاد حكم القانون القديم .

ويترتب على هذه النظرية أن القانون الجديد يكون ذا أثر رجعي إذا طبق على الآثار الماضية أو على الآثار الحاضرة أو على الآثار المستقبلية لواقعة تمت في ظل قانون قديم . وبعبارة أخرى يكون من مقتضى قاعدة عدم الأثر الرجعي للقانون الجديد أن الآثار الماضية والحاضرة والمستقبلية للواقعة التي تمت في ظل قانون قديم تكون بمنأى عن طائلة القانون الجديد . والمقصود بالآثار الماضية الآثار التي تمت وانتهت في ظل قانون قديم (كالالتزام الذي نفذ ، والتقديم الذي تم ، والنزاع الذي فصل فيه بحكم حاز قوة الأمر المقضي) . والآثار الحاضرة هي الآثار التي لا تزال قائمة بناء على علاقة لا تزال موجودة (كالعقد الذي أبرم ولم يحصل تنفيذه بعد) . أما الآثار المستقبلية فهي الآثار التي لم تنشأ بعد من علاقة أو واقعة تمت في ظل قانون قديم ولكن يمكن أن تنشأ ، أي الآثار التي يتوقف تحققها على ظرف أو مناسبة أو إرادة أحد الطرفين .

وبذلك يكون من نتائج مبدأ عدم الرجعية عدم المساس بالآثار التي

انقضت ، والإبقاء على الآثار القائمة ، والمحافظة على إمكان إنشاء الواقعة القديمة آثاراً مستقبلية في ظل القانون الجديد ، وذلك على اعتبار أن هذه الآثار ليست وقائع جديدة بل موجودة ضمن واقعة قديمة ثم لا تلبث أن تتحقق في وقت لاحق .

٢٩١ — شروط تطبيق هذه النظرية : يشترط لانتطابق هذه النظرية ، أي استبعاد تطبيق القانون الجديد ، شرطان : الأول أن تكون هناك واقعة قانونية ، الثاني أن تكون هذه الواقعة قد تمت .

١ — فيجب أن تكون هناك واقعة قانونية : والواقعة القانونية هي كل واقعة يترتب عليها آثار قانونية تتكون من إنشاء علاقة قانونية أو تعديلها أو القضاء عليها . هذه الواقعة قد تكون طبيعية كالموت أو هلاك الشيء . وقد تكون إرادية كالوصية أو العقد أو العمل غير المشروع . وقد تكون بسيطة تتكون من عنصر واحد وقد تكون مركبة إذا كانت تتكون من جملة عناصر يجب توافرها جميعاً حتى يتحقق الأثر المطلوب . وقد تكون فورية إذا كانت تتم في لحظة واحدة ، وقد تكون مستمرة أو ممتدة إذا كانت تتكامل خلال مدة من الزمن كالترقيم .

٢ — ويجب أن تكون الواقعة قد تمت : ويتوقف اعتبار الواقعة قد تمت على نوع تلك الواقعة : فإن كانت من الوقائع البسيطة التي تكتمل في لحظة فإنها تعتبر تامة بمجرد وقوعها . وإن كانت الواقعة مركبة ، أي تتكون من جملة عناصر ، فإنها لا تعتبر تامة إلا إذا توافرت جميع عناصرها ، أي عند تحقق آخر عنصر فيها .

أما إن كانت الواقعة مستمرة أو ممتدة ، أي تتكامل خلال مدة من الزمن ، فلا تعتبر الواقعة قد تمت إلا بانتهاء تلك المدة .

٢٩٢ — نتائج هذه النظرية : وعلى ذلك إذا تخلف أحد الشرطين

السابقين لا نكون بصدد قاعدة عدم رجعية القانون بمعنى أن القانون الجديد يطبق فوراً دون أن يكون تطبيقه ذا أثر رجعي .

١ — فإذا كانت الواقعة لم تتم قبل صدور القانون الجديد ، فإنها لا تتمتع بمصانة عدم الأثر الرجعي للقانون الجديد بل يحكمها القانون الجديد الذى بدأ العمل به وهى لا تزال فى دور التكوين . ومثال هذا الفرض التقادم الذى بدأ فى ظل قانون قديم ولم يكن قد تكامل وقت بدء العمل بالقانون الجديد .

٢ — كذلك لا يجوز التمسك بقاعدة عدم الأثر الرجعي الجديد حيث لا يصادف القانون الجديد ما يعتبر من قبيل الوقائع القانونية . ولا يعتبر من قبيل الوقائع القانونية الحالات والمراكز القانونية والأهلية ، ولذا فإن هذه الأوضاع تخضع دائماً للقانون الجديد الذى لا يعتبر تطبيقه فى هذه الأحوال تطبيقاً بأثر رجعي .

٢٩٣ — تقدير هذه النظرية : هى توسيع من نطاق تطبيق القانون القديم إذ تجعل من اختصاصه تنظيم جميع آثار الواقعة التى تمت فى ظله سواء فى ذلك الآثار الماضية والآثار التى كانت قائمة وقت بدء العمل بالقانون الجديد والآثار التى يمكن أن تنشأ فى المستقبل . وهى بذلك تعنيق من نطاق تطبيق القانون الجديد إذ تجعل تطبيق القانون الجديد على الآثار الحاضرة والمستقبله لواقعة تمت فى ظل قانون قديم تطبيقاً بأثر رجعي وبالتالى غير جائز إلا بنص وبذلك يقتصر تطبيق القانون الجديد على الوقائع التى تقع بعد العمل به أو التى بدأت فى ظل قانون قديم ولم تتم وقت بدء العمل بالقانون الجديد .

غير أنه يؤخذ على هذه النظرية أنها تؤدى إلى تعدد التشريعات التى تحكم علاقات قانونية من طبيعة واحدة إذ مقتضى هذه النظرية أن يستمر التشريع القديم مطبقاً على الآثار الحالية والمستقبلية لواقعة تمت فى ظله ، فى

حين يطبق القانون الجديد على علاقة من نفس الطبيعة وقعت بعد بدء العمل به . وإن تعدد التشريعات التي تطبق على علاقات ذات طبيعة واحدة من شأنه أن يفرض إلى الخلط .

وكذلك أخذ على مبدأ امتداد القانون القديم أنه يوائم النظم السياسية المحافظة التي بدلا من أن تعدل النظم القانونية القائمة ، من طريق الإصلاح الداخلي ، نكتفي بأن ننشئ نظاماً أخرى لمواجهة الحاجات الجديدة ، وفي هذا إغفال لوظيفة التشريع في الجماعة الحديثة وهي إصلاح عادات المجتمع وفقاً للمثل الأعلى الذي ينشده الرأي العام المستنير .

٣٨ - نظرية الأثر المباشر

٢٩٤ - مؤدى هذه النظرية أن المقتضى المنطقي والطبيعي للقانون الجديد هو أن ينطبق القانون الجديد من وقت بدء العمل به على الوقائع الجديدة التي تنشأ لأول مرة بعد بدء العمل به وعلى الآثار الحالية والمستقبلية لوقائع قديمة نشأت في ظل قانون سابق . ولكن لا ينطبق على الآثار الماضية لتلك الوقائع وإلا كان تطبيقه بأثر رجعي وبالتالي غير جائز .

ويترب على هذه النظرية أن يكون مفهوم الأثر الرجعي للقانون الجديد أصح مما كان له وفقاً للنظرية السابقة التي تعتبر من قبيل تطبيق القانون بأثر رجعي انطباقه لأعلى الآثار الماضية لواقعة تمت في ظل قانون قديم لحسب ، بل أيضاً على الآثار الحالية والمستقبلية لتلك الواقعة . أما وفقاً لنظرية الأثر المباشر فيعتبر من قبيل الأثر الرجعي المحرم أن يطبق على الآثار الماضية لواقعة حدثت في ظل قانون قديم . أما انطباقه على الآثار الحالية والمستقبلية لتلك الواقعة فلا يعتبر أثراً رجعياً بل يعتبر تطبيقاً بأثر مباشر .

٢٩٥ - تقدير هذه النظرية : بفضل هذه النظرية أمكن تمييز الآثار

الرجعى بالمعنى الصحيح (المحرم) عن الأثر الرجعى (المزعوم) والذي يعتبر فى الحقيقة أثراً مباشراً : ذلك أنه عند ما ينظم تشريع علاقة معينة على نحو معين فإنما يقصد أن يظل هذا التنظيم قائماً ما بقى ذلك التشريع . فإذا فرضنا أن تشريعاً حدد نطاق حق الملكية على نحو معين فن المؤكد أن هذا التشريع لم يقصد إلزام المشرعين فى المستقبل باحترام ذلك النص الذى وضعه . هو لم يقصد أبداً أن يعهد للبلا كى بأن ملكياتهم لن تمس أبداً الدهر . ولذا فإذا صدر قانون جديد يضيق من نطاق حق الملكية فن المؤكد أن يطبق هذا القانون على جميع الملكيات حتى ما نشأ منها فى الماضى ولا يكون هذا التطبيق تطبيقاً بأثر رجعى ، إذ الأثر الرجعى بالمعنى الصحيح لا يكون إلا حيث يطبق القانون الجديد على علاقة ماضية كان يجب لذلك أن تكون خاضعة للقانون القديم . أما هنا فالأمر مختلف جداً . فعلاقة الملكية هى علاقة مستمرة ، يتوقف نطاقها كل يوم على مشيئة القانون الجديد . وكذا القول فى جميع الأوضاع الجارية ، المستمرة التى يعتبر تطبيق القانون الجديد عليها تطبيقاً مباشراً وليس تطبيقاً بأثر رجعى .

كذلك يحمى هذه النظرية أنها — إذ تستبعد استمرار تطبيق القانون القديم حتى بالنسبة للأثار الحالية والمستقبلية لوقائع ماضية — تمنع ظاهرة تعدد التشريعات التى تحكم علاقات من طبيعة واحدة ، وبذلك تكون العلاقات التى من طبيعة واحدة خاضعة فى معظم الأحوال لقانون واحد هو القانون الجديد . ولهذا كانت هذه النظرية خيراً من نظرية الواقعة التى تمت ، ونظرية الحقوق المكتسبة ، إذ يترتب على كل منهما أن يستمر القانون القديم مطبقاً ، بعد إلغائه ، على الآثار المستقبلية التى تنشأ من علاقة قديمة ، وقد يستمر تطبيقه مدة طويلة جداً قد تمتد إلى ما لا نهاية إذا كان الحق الذى يحكمه القانون القديم حقاً دائماً كحق الملكية ، وهذا ضار من وجه أنه يعوق الإصلاحات الاجتماعية عن طريق التشريع ، فضلاً عما يؤدي

إليه من تعدد التشريعات التي تحكم علاقات من طبيعة واحدة مما يفرض إلى الخلط .

٢٩٦ - حاصل القول أن القانون الجديد يطبق بأثر مباشر (لأبأثر رجعي) في الأحوال الآتية :

١ - فهو يطبق على الوقائع الجديدة التي حدثت بعد صدوره ، والوقائع التي نشأت في ظل قانون سابق ولكن كانت وقائع مركبة لم تتوافر جميع عناصرها وقت بدء العمل بالقانون الجديد أو كانت وقائع ممتدة لا تتم إلا في خلال مدة معينة ولم تكن هذه المدة قد اكتملت وقت بدء العمل بالقانون الجديد .

٢ - وهو يطبق كذلك على الأوضاع المستمرة كالحالات والأهليات والصفات القانونية التي تخول الانتفاع بحقوق معينة وعدم التقيد بالالتزامات معينة .

٣ - وهو يطبق كذلك على الآثار الحالية والمستقبلية لوقائع تمت في ظل قانون سابق .

٢٩٧ - استثناء : غير أنه يرد على قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد استثناء هام فيما يتعلق بالآثار الحالية المستقبلية للعقود التي كانت قائمة وقت صدور القانون الجديد ، إذ يطبق على هذه الآثار القانون القديم التي أبرمت هذه العقود في ظله ، كلما كانت قواعد القانون الجديد قواعد غير أمره . ويوجه هذا الاستثناء أنه يحسن عدم اهدار مآثره المتعاقبون على عقودهم حتى لا تنعدم فائدة إبرام عقود طويلة الأجل إذا كانت هذه العقود تتغير دائماً بتغير التشريعات . ثم إن هذا الاستثناء مشروط بشرط هام هو ألا تكون قواعد القانون الجديد قواعد أمرة . فإن كانت قواعد أمرة لا يجوز استمرار تطبيق القانون القديم ، بل يطبق القانون الجديد فور بدء العمل به .

ولا يعترض على هذا الاستثناء أنه يؤدي إلى تعدد التشريعات التي تحكم علاقات من طبيعة واحدة ، قواعد القانون القديم وقواعد القانون الجديد ، إذ مادنا بصدد عقد ومادامت قواعد القانون الجديد غير آمرة فإنه يجوز دائماً للمتعاقدين استبعاد تلك القواعد واختيار قواعد أخرى بدلا منها لتنظيم علاقتهما يؤدي حتما إلى وجود نوعين من القواعد : قواعد تشريعية مكملة وقواعد اتفاقية .

٢٩٨ — قاعدة عدم سريان القانون على الماضي : الآن وقد تحدد المفهوم الحديث لقاعدة عدم رجعية القانون ، (وهو أن القانون الجديد لا يجوز أن يطبق على الآثار الماضية لوقائع تمت في ظل قانون قديم) ، نقول إن هذه القاعدة تصدق على جميع النظام القانوني ، فهي تعمل في القانون العائم وفي القانون الخاص على السواء ، وتمتد إلى كل قاعدة قانونية ولو كانت ناشئة من لائحة أو من عرف .

غير أنه ينبغي أن نعلم أن هذه القاعدة تقيد القاضي ولا تقيد المشرع . فلا يجوز للقاضي أن يطبق قانونا بأثر رجعي ولكن يجوز للمشرع أن يصدر قوانين ويجعل لها أثرا رجعياً بحيث تطبق على الآثار الماضية لوقائع تمت في ظل قانون قديم بأن تعدل أو تمحو هذه الآثار . وهو إذ يفعل ذلك إنما يفعله بناء على اعتبارات سياسية تحقيقاً لمصالح عامة . وليس من قيد على سلطة المشرع في إصدار قوانين بأثر رجعي إلا قيد واحد هو أن يكون القانون جنائياً إذ لا يجوز للمشرع أن يصدر قانوناً جنائياً يجرم به فعلاً أو يزيد به عقوبة ثم يطبقه على وقائع سابقة على صدوره . وقد نص على هذا القيد في المادة ١٦٣ من الدستور التي بعد أن نصت على مبدأ عدم سريان القانون على الماضي ، قالت : ومع ذلك يجوز — في غير المواد الجنائية — النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الأمة .

٢٩٩ - والرأى الغالب هو أن خروج المشرع على قاعدة عدم سريان القانون الجديد على الماضى يجب أن يكون بنص صريح ، وهذا هو أيضاً مقتضى نص المادة ١٦٣ من الدستور . ومع ذلك يذهب بعض الشراح إلى أنه لا يلزم لى يطبق القانون بأثر رجعى أن تكون إرادة المشرع صريحة فى هذا الصدد ، بل يكفى أن يستخلص ذلك بصفة مؤكدة من إرادة المشرع الضمنية ، متى تبين أن تطبيق القانون بأثر رجعى ضرورى لتحقيق أهداف القانون الجديد . ويستند أنصار هذا الرأى إلى اعتبارين ، الأول هو أن قاعدة عدم الرجعية هى قاعدة يغلب فيها النزعة الفردية على النزعة الاشتراكية وأن مقتضى النظام الاشتراكى هو أن يكون للقانون العام الغلبة على القانون الخاص . الثانى هو أن مسألة الرجعية وعدم الرجعية فى القوانين هى مسألة تفسير ، وأن التفسير فى الوقت الحاضر يهدف إلى تكوين إرادة المشرع كما يجب أن تكون لا كما هى ظاهرة من عباراته .

إلا أنه يلاحظ على هذا الرأى أن أنصاره يفرقون فى هذا الصدد بين نوعين من الرجعية ، رجعية ضعيفة ، وهذه يجوز أن يؤخذ فيها بالاستنتاج ورجعية متشددة ، وهذه يجب أن يكون النص عليها صريحاً . ويقصدون بالرجعية الضعيفة تلك التى لا تطبق القانون الجديد على الآثار الماضية بل على الآثار المستقبلية لوقائع ماضية ، وقد رأينا أن هذه ليست رجعية بالمعنى الدقيق بل تعتبر تطبيقاً للقانون الجديد بأثر مباشر ، وأن هذا الأثر المباشر هو المقتضى المنطقى الطبيعى للقانون الجديد ، أما الرجعية المتشددة فيقصدون بها تلك التى يكون من شأنها تطبيق القانون الجديد على الآثار الماضية لوقائع تمت فى ظل قانون قديم ، وهذه الرجعية المتشددة التى يستلزمون أن يكون النص عليها صريحاً هى الرجعية بالمعنى الدقيق . وبذلك يكون حاصل هذا الرأى فى الحقيقة هو أن الأثر الرجعى بالمعنى الذى اخترناه لهذه العبارة يجب أن

ينص عليه المشرع صراحة فلا يؤخذ فيه بالاستنتاج أى لا تكفى فيه الإرادة الضمنية .

٣٠٠ - ومن الأمثلة التى تضرب عادة للقوانين ذات الأثر الرجعى ، القوانين المفسرة والقوانين الجنائية التى تكون أصلح للمتهم .

(أ) القوانين المفسرة : هذه القوانين لا تكون ذات أثر رجعى إلا من حيث الظاهر فقط ، ذلك أنها إذ تقتصر على تحديد معنى قانون سابق تعتبر جزءاً من ذلك القانون ولكن لما كان الغالب أن يأتى المشرع ، تحت ستار القوانين المفسرة ، بقواعد جديدة لا تعد جزءاً من القوانين السابقة إلا من حيث المجاز ، أمكن اعتبار القوانين المفسرة قوانين ذات أثر رجعى صريح .

(ب) القوانين الجنائية : وهذه تكون ذات أثر رجعى عندما تكون أصلح للمتهم ، بخلاف ما إذا كانت تنص على جرائم جديدة أو عقوبات أشد . فلا يمكن أن يكون لها أثر رجعى .

المطلب الثانى

بعض الحلول الوضعية فى تنازع القوانين من حيث الزمان

٣٠١ - أورد المشرع المصرى حلولاً لبعض مسائل تنازع القوانين فى التقنين المدنى وتقنين المرافعات وتقنين العقوبات .

§ ١ - تنازع القوانين من حيث الزمان في التقنين المدني

٣٠٢ - وردت في التقنين المدني حلول لتنازع القوانين في الزمان ،
في مسائل الأهلية (م ٦) ، والتقدم (م ٧ و ٨) والإثبات (م ٩) .

٣٠٣ - (١) تنازع القوانين من حيث الزمان في مسائل الأهلية :
نصت المادة ١/٦ من التقنين المدني الحالي على أن ، النصوص المتعلقة
بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة
في هذه النصوص .

مقتضى هذه الفقرة أن القانون الجديد الذى يشتمل على نصوص متعلقة
بأهلية الأشخاص تسرى فور صدورهما على جميع الأشخاص ، سواء أكان
هذا القانون يرفع سن الرشد فيكون من أثره أن يعود شخص توافرت فيه
الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقصة الأهلية بحسب نصوص القانون
الجديد ، أم كان هذا القانون ينقص سن الرشد فيصبح الشخص الذى كان
قاصراً في نصوص القانون القديم كامل الأهلية بحسب نصوص القانون
الجديد .

ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً لقاعدة الأثر المباشر أو الفورى للقانون
الجديد . ويوجه ذلك أن الأهلية هي حالة قانونية مستمرة يترتب على
توافرها في الشخص أن يجوز له اكتساب حقوق معينة وممارسة هذه
الحقوق ، ولذا كانت منوطة بإرادة المشرع ، الذى يستطيع أن يعدل فيها
في كل وقت حسبما يترامى له ولذا أيضاً ينطبق القانون الجديد دائماً
في مسائل الأهلية .

ولكن إذا فرضنا أن الشخص الذى ارتد قاصراً بمقتضى القانون

الجديد بعد أن كان رشيداً وفقاً للقانون القديم كان قد أبرم تصرفات وقت أن كان رشيداً فما مصير هذه التصرفات ؟ تقول الفقرة الثانية من المادة ٦ مدني إنه « إذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة » .

وهذا الحل تطبيق لقاعدة عدم انطباق القانون الجديد بأثر رجعي ، بناء على أن التصرفات التي أبرمها الشخص والتي كانت تعتبر صحيحة وقت إبرامها هي وقائع تمت في ظل قانون قديم فلا يجوز أن ينطبق عليها القانون الجديد ، وإلا كان ذا أثر رجعي ، وهذا غير جائز بدون نص من المشرع على ذلك .

٣٠٤ - (٢) تنازع اقوانين من حيث الزمان في مسائل التقادم : نصت المادة ١/٧ على أنه تسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل . هذا الحل تطبيق لنظرية الأثر المباشر للقانون الجديد ، التي تميز تطبيق القانون الجديد على الوقائع الممتدة التي لم تكتمل مدتها وقت صدوره .

وتنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أن « النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة بيده التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة » . ويعتبر هذا تطبيقاً لقاعدة عدم سريان القانون الجديد على الماضي ، أي على وقائع تمت في ظل قانون قديم : فواقعة بدء التقادم في ذاتها تعتبر قد تمت في ظل قانون قديم . كذلك واقعة وقف التقادم وواقعة انقطاعه . فإذا صدر قانون يغير من شروط اعتبار التقادم قد بدأ أو وقف أو انقطع

فلا يطبق على البدء أو الوقف أو الانقطاع الذي تحقق قبل صدور ذلك القانون .

٣٠٥ - مرة الثاقوم وكيفية مسايرها : قد يصدر قانون جديد يحدد للتقادم مدة أقصر مما يقرره النص القديم . عندئذ يكون مقتضى الأثر المباشر أن يطبق القانون الجديد على كل تقادم لم يكتمل فتطبق المدة القصيرة بدلا من المدة الطويلة . فإذا فرضنا أن المدة القديمة للتقادم هي ١٥ سنة وأن المدة التي نص عليها القانون الجديد هي ١٠ سنوات ، وكان قد مضى من المدة القديمة أربع سنوات مثلا ، فكيف تحسب المدة الجديدة وهي عشر سنوات ؟ هل تدخل فيها المدة التي مضت وهي أربع سنوات فلا يبقى لا كتمال التقادم إلا ست سنوات أم يصرف النظر عن الزمن الذي مر من قبل وتفتح مدة جديدة تبدأ من وقت العمل بالقانون الجديد ؟ كان يمكن أن تحسب المدة الماضية ضمن المدة الجديدة فيكتمل التقادم بإضافة ست سنوات فيصير مجموع المدة عشر سنوات وهي المدة الجديدة التي يتطلبها القانون الجديد . إلا أن التقنين المدني اتخذ حلا آخر فنص في المادة ١/٨ على أنه : إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت بالفعل . . معنى هذا أنه لم يشأ أن تسرى المدة الجديدة من وقت بدء التقادم بحيث تدخل فيها المدة التي انقضت من قبل ، بل قرر أن المدة الجديدة لا تسرى إلا ابتداء من العمل بالقانون الجديد وبذلك أسقط المدة السابقة التي انقضت من التقادم في ظل القانون القديم . ويعتبر هذا تقييدا لقاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد .

ولعل المشرع قد أن في إضافة المدة القديمة تعجيلا لا كتمال التقادم وبذلك يفوت الفرصة على من يسرى التقادم ضده في أن يحول دون اكتمال

التقادم . ولهذا جعل بداية سريان المدة الجديدة هو بدء العمل بالقانونه الجديد لا الوقت الذى بدأ فيه التقادم فى ظل القانون القديم .

٣٠٦ - وقد يحدث أن تنقضى من التقادم فى ظل القانون القديم مدة طويلة بحيث تصير المدة الباقية لاكتمال التقادم أقصر من المدة الجديدة كلها ، كأن يمضى من مدة التقادم القديمة (وهى ١٥ سنة بحسب الفرض) مدة ثمان سنوات وقت بدء العمل بالقانون الجديد ، وعندئذ تكون المدة الباقية لاكتمال المدة القديمة هى سبع سنوات وهى أقصر من المدة الجديدة ، مدة العشر سنوات . هنا وجد الشارع أنه لو بدأ حساب مدة العشر سنوات من يوم العمل بالقانون الجديد أى بإسقاط المدة السابقة (وهى ثمان سنوات) لكان مجموع المدة التى يستغرقها التقادم هى ١٨ سنة وهى مدة أطول من المدة القديمة التى أراد المشرع بالنص الجديد أن يخففها إلى عشر سنوات . ولذا لم يطبق قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد فى هذه الحالة وطبق قاعدة أخرى هى استمرار القانون القديم فى حكم التقادم الذى بدأ فى ظله .

٣٠٧ - وثمة فرض آخر لم يعالجه القانون وهو أن يقرر النص الجديد مدة للتقادم أطول مما قرره النص القديم (٢٠ سنة بدلا من ١٥ سنة) . وهنا أيضاً يطبق القانون الجديد على كل تقادم بدأ ولم تكتمل مدته قبل صدور ذلك القانون . فإذا كان قد مضى من المدة القديمة تسع سنوات فإن حساب المدة الجديدة (٢٠ سنة) يسرى من وقت بدء التقادم فى ظل القانون القديم وليس من وقت بدء العمل بالقانون الجديد . فهذا هو مقتضى الأثر المباشر للقانون الجديد وبذلك يجب أن تستمر مدة التقادم لإحدى عشرة سنة حتى تتم مدة العشرين سنة .

٣٠٨ - (٣) تنازع القوانين فى مسائل الأثر المعركة لموتبات :
تنص المادة ٩ من التقنين المدنى على أنه : تسرى فى شأن الأدلة التى تعد .

مقدما النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعده فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده . معنى هذه المادة أن الدليل الذي يعده صاحب الشأن ، أو كان يجب أن يعده لإثبات الواقعة عند النزاع يخضع للقانون الذي كان قائماً وقت إعداد هذا الدليل أو في الوقت الذي يجب فيه إعداد هذا الدليل . فإذا كان الدليل الذي يجوز أن يحصل به الإثبات وقت نشوء الواقعة هو الشهادة ، وجب أن يجوز إثبات تلك الواقعة بالشهادة ولو صدر وقت النزاع قانون جديد يحرم الإثبات بالشهادة ويتطلب أن يكون الإثبات بالكتابة . فإذا فرضنا أن شخصاً أقرض شخصاً آخر مبلغ عشرة جنيهات في ظل قانون يجبر إثبات هذا المبلغ بشهادة الشهود ولذا لم يبيء المقرض دليلاً كتابياً لهذا القرض ابتكالا على أنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود ، ثم صدر قانون جديد يشترط الإثبات بالكتابة فيما يريد على خمسة جنيهات . لا يطبق القانون الجديد في هذه الحالة بل يستمر العمل بالقانون القديم الذي حصل القرض في أثناء وجوده . وبذلك يجوز للمقرض أن يثبت حقه بشهادة الشهود . ويمكن اعتبار هذا الحل تطبيقاً للاستثناء الوارد على قاعدة الأثر المباشر ، ذلك الاستثناء الذي يقضى باستمرار تطبيق القانون القديم في حكم العقود التي أبرمت في ظله فيما يتعلق بآثارها المستقبلية .

§ ٢ - تنازع القوانين من حيث الزمان في تقنين المرافعات

أورد تقنين المرافعات في المادة الأولى والثانية منه حلاً لا تتعلق بتنازع القوانين من حيث الزمان .

٣٠٩ - (١) فنصت المادة الأولى من ذلك التقنين على أن :
قوانين المرافعات تسرى على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها .

وتعتبر هذه المادة تطبيقاً لقاعدة الأثر الفوري للقانون الجديد ،

(وقاعدة عدم سريان القانون الجديد على الوقائع الماحية) فإدام أن الدعوى لم يتم الفصل فيها ، أو أن الإجراءات لم تتم ، فعندئذ لا يكون تطبيق القانون الجديد عليها ذا أثر رجعي وبالتالي غير جائز ، بل يكون تطبيقاً فورياً أو مباشراً . وعلى ذلك يكون مؤدى هذه المادة أنه إذا صدر قانون جديد يعدل في الاختصاص أو في الإجراءات فإنه يطبق فور العمل به على الدعاوى التي لا تزال قائمة لم يفصل فيها وعلى الإجراءات التي لم تتم .

٣٦٠ - غير أن هذه المادة بعد أن نصت على قاعدة الأثر الفوري لقانون المرافعات أوردت استثناءات ثلاثة على هذه القاعدة ، قضت فيها باستمرار العمل بالقانون القديم بعد إلغائه .

١ - الاستثناء الأول : وهو يتعلق بالقوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقبال باب المرافعة في الدعوى : مؤدى هذا الاستثناء أن القوانين التي تعدل الاختصاص فتتقله من محكمة لأخرى لا تطبق على الدعاوى التي تكون قائمة وقت صدوره إذا كانت هذه الدعاوى قد قطعت شوطاً طويلاً حتى وصلت إلى مرحلة إقبال باب المرافعة وحجزها للحكم .

والحكمة من هذا الاستثناء حكمة عملية وهي أنه ليس من المصلحة ، بعد أن نظرت المحكمة الدعوى وأتمت تحقيقها وسمعت المرافعة فيها وحجزتها للحكم فيها ، أن تنقل الدعوى إلى محكمة أخرى لتبدأ كل هذا من جديد . لذا رأى المشرع أن الأفضل عدم تطبيق الأثر الفوري للقانون الجديد في هذه الحالة وترك الدعوى للمحكمة الأولى التي كانت مختصة بالفصل فيها وفقاً للقانون القديم .

٢ - الاستثناء الثاني : وهو يتعلق بالقوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها : مقتضى هذا الاستثناء أن القانون الذى يعدل المواعيد بإطالتها أو تقصيرها لا يسرى على ما بدأ من مواعيد ولو لم تتم . فإذا صدر قانون يطيل ميعاد الطعن بالمعارضة أو بالاستئناف أو يقصره فلا ينطبق على مواعيد المعارضة أو الاستئناف التى تكون قد بدأت قبل صدوره بل تستمر هذه المواعيد بالمدة التى كانت لها وفقاً للقانون القديم الذى بدأت فى ظله .

٣ - الاستثناء الثالث : وهو خاص بالقوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق : معنى هذا الاستثناء أن القوانين الجديدة التى تلغى طريقاً من طرق الطعن كان جائزاً من قبل أو تنشئ طريقاً من طرق الطعن لم يكن موجوداً من قبل فإنها لا تسرى على الأحكام التى صدرت قبل بدء العمل بهذه القوانين . فإذا صدر حكم فى ظل قانون يحجز الاستئناف أو المعارضة فلا ينطبق عليه القانون الجديد الذى يلغى هذا الطريق من طرق الطعن بل يستمر الحكم قابلاً للطعن فيه بالاستئناف أو المعارضة وفقاً للقانون القديم .

وقد كان يمكن أن ينطبق القانون الجديد على مثل هذا الحكم ، الذى يصبح بذلك غير قابل للطعن بالمعارضة أو بالاستئناف ، دون أن يعد انطباق القانون الجديد فى هذه الحالة بأثر رجعى ، بل بأثر مباشر ، إذ يفرض أن الحكم صدر قابلاً للطعن . ومن ثم يمكن اعتباره من قبيل الأوضاع المستمرة التى يكون تطبيق القانون الجديد عليها تطبيقاً مباشراً . ولكن المشرع لم يشأ أن يطبق القانون الجديد فى هذه الحالة استثناء من قاعدة الأثر العورى أو المباشر للقانون الجديد .

أما إذا كان الحكم قد صدر غير قابل للطعن فيه وفقاً للقانون القديم

الذى كان مطبقاً وقت صدور هذا الحكم فلا يجوز أن يسرى عليه القانون الجديد الذى يجعل مثل هذا الحكم قابلاً للظمن ، ذلك لأن هذا الحكم الذى صدر نهائياً يعتبر من قبيل الأوضاع التى تمت وانتهت فى ظل قانون سابق فلا يجوز أن ينطبق عليها القانون الجديد وإلا كان تطبيقه بأثر رجعى وبالتالى غير جائز إلا بنص .

٣١١ - (٢) وتنص المادة ١/٢ من تقنين المرافعات على أن « كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحاً فى ظل قانون معمول به يبق صحيحاً ... معنى هذا أن القاعدة هى أن الإجراء الذى وقع صحيحاً وفقاً لقانون سابق لا يجوز إبطاله بناء على قانون لاحق يعتبر مثل هذا الإجراء باطلاً . وهذا هو مقتضى قاعدة عدم سريان القانون على الماضى . وبناء على ذلك إذا أعلنت صحيفة المعارضة فى ظل قانون لم يكن يشترط لصحة صحيفة المعارضة أن تشمل على بيان الحكم المعارض فيه وأسباب المعارضة ثم يصدر قانون جديد يوجب اشتغال صحيفة المعارضة على هذه البيانات وإلا كانت باطلة ، فإن هذا القانون لا ينطبق على صحيفة المعارضة التى لم تكن تشمل على هذه البيانات والتى كانت تعتبر صحيفة وفقاً للقانون القديم .

كذلك تنص المادة ٢/٢ من نفس التقنين على أن ما يستحدث من مواعيد السقوط لا يجرى إلا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها . والمقصود بميعاد السقوط التبعات الذى يجب أن يتم فى خلاله إجراء معين وإلا سقط الحق فى القيام بهذا الإجراء . ومن أمثلة ميعاد السقوط الذى استحدثه التقنين الجديد نص المادة ٩١ مرافعات على أنه ، إذا لم يحضر المدعى ولا المدعى عليه أو حضر المدعى ولم يرد طلبات قررت المحكمة شطب الدعوى ... فإذا بقيت مشطوبة ستة شهور ولم يطلب المدعى السير فيها اعتبرت كأن لم تكن .

ميعاد الستة شهور هنا ميعاد سقوط استحدثه قانون المرافعات . فإذا كانت هناك دعوى قد شطبت في ظل القانون القديم فإن ميعاد الستة أشهر الذي يترتب على انقضائه دون طلب السير في الدعوى سقوط حق المدعى في هذا الطلب ، لا يبدأ من تاريخ الشطب بل من تاريخ العمل بالقانون الجديد الذي استحدث ميعاد السقوط ^(١) .

٣ — تنازع القوانين من حيث الزمان في التقنين الجنائي

٣١٢ — القاعدة أن القانون الجنائي لا يسرى على الماضي . غير أن محريم سريان القانون على الماضي مقصور على القانون الجديد الذي يحرم فعلاً كان مباحاً في ظل قانون سابق أو يشدد العقوبة على فعل كانت عقوبته أخف في ظل قانون قديم . ولذا فإنه إذا صدر قانون يخفف العقوبة أو يزيل صفة الجريمة عن فعل وقع في ظل قانون سابق طبق ذلك القانون على الأفعال الماضية ، باعتباره أصلح للتهم . وهذا ماقتضت به المادة ٢/٥ من التقنين الجنائي بقولها : إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للتهم فهو الذي يتبع دون غيره . وإذا صدر قانون بعد حكم نهائي ، يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية .

تسلك هذه الفقرة في فرضين : في الفرض الأول يصدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للتهم ، إما لأنه يخفف العقوبة وإما لأنه يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه . عندئذ لا يطبق إلا القانون الجديد . ويعتبر تطبيقه هنا تطبيقاً يآثر رجعي ولكن الأثر الرجعي هنا ليس له المعنى البغيض الذي من أجله تقررت قاعدة عدم سريان

(١) منصور مصطفي منصور ، المسائل القانونية ، ١ رقم ١٤٥ من ٢٣٩ .

القانون الجنائي على الماضي ، بل هو ينطوي هنا على معنى الرأفة بالمتهم .
وفي الفرض الثاني يقع الفعل ويحكم بسببه على المتهم بحكم نهائي ثم يصدر
قانون يحمل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه . في هذا
الفرض يطبق القانون الجديد بأثر رجعي لمصلحة المتهم ويترتب على ذلك
وقف تنفيذ الحكم وانتهاء آثاره الجنائية ، أما إذا كان القانون الجديد قد
اقتصر في هذا الفرض على تخفيف العقوبة فلا يمكن تطبيقه وذلك لأن
تطبيق العقوبة المخففة يقتضي صدور حكم جديد والفرض أن الحكم الذي
صدر هو حكم نهائي فلا يمكن إعادة النظر فيه .

٣١٣ - وقد يحدث أن يرتكب شخص فعلاً يعتبر جريمة بمقتضى
قانون مؤقت ثم تنتهى مدة العمل بذلك القانون فيصير ذلك الفعل مباحاً .
ومع ذلك لا يحول انتهاء فترة العمل بذلك القانون دون السير في إجراءات
الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها ، أى أن المتهم الذى اتخذت ضده
إجراءات الدعوى قبل انتهاء فترة العمل بذلك القانون المؤقت لا يستفيد
من انتهاء العمل بذلك القانون فلا توقف الإجراءات التى كانت قد
اتخذت ضده . ولا يقف تنفيذ العقوبة التى يكون قد حكم بها عليه ، إذ لا يجوز
أن يستفيد المتهم أو المحكوم عليه من مضى المدة التى ينهى فيها القانون عن
فعل أو يأمره وإلا ضاع الغرض المقصود من القانون . وفى هذا تنص
المادة ٣/٥ من التقنين الجنائي على أنه : فى حالة قيام إجراءات الدعوى أو
صدور حكم بالإدانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفاً لقانون ينهى عن
ارتكابه فى فترة محددة فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير فى الدعوى
أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها .

المبحث الثاني

تطبيق القانون من حيث المكان

٣١٤ - لا يقتصر نشاط الأفراد على ما يقومون به داخل حدود دولتهم بل يمتد نشاطهم إلى خارج حدود الدولة التي ينتمون إليها . وما من دولة يكون إقليمها مقصوراً على رعاياها ، فكثيراً ما يوجد على إقليم الدولة رعاية دولة أخرى . ثم إن الأخوة العالمية تدعو إلى التعاون على مستوى عالمي وتجعل الصلات الدولية ، سواء بين الدول المختلفة أو بين أفراد الدول ، حاجة تفرض نفسها بقوة . وينشأ بالضرورة عن هذا مسألة هامة هي معرفة نطاق تطبيق قانون الدولة : هل يحكم كل المقيمين على إقليمها من وطنيين وأجانب أم أن هناك علاقات معينة تتعلق بالأجانب يتركها قانون الدولة لحكم قانون الدولة التي ينتمي إليها هؤلاء الأجانب ، وهل يقتصر حكم قانون الدولة على حدود إقليمها أم يتجاوز هذه الحدود فيمتد إلى داخل حدود دولة أخرى ليحكم رعاياها الذين يوجدون في تلك الدولة .

القاعدة هي أن قوانين الدولة تقتصر فاعليتها على إقليم الدولة التي أصدرتها ، وذلك لأنه إذا امتدت فاعلية قوانين الدولة إلى إقليم دولة أخرى . كان في ذلك اعتداء على سيادة هذه الدولة . وتسمى هذه القاعدة قاعدة إقليمية القوانين ، ومقتضاها أن جميع الأشخاص المقيمين على إقليم دولة معينة ، وجميع الأشياء الموجودة في هذا الإقليم يسرى عليها قانون تلك الدولة .

غير أن هذه القاعدة ، لا تطبق تطبيقاً صارماً ، حتى لا تؤدي إلى تعويق العلاقات الدولية ، وحتى يمكن أن تتحقق العدالة في معاملة الأشخاص والعلاقات التي تخضع لقواعد متباينة . فليس من العدل أن لا يخضع الأجني إلى قانونه لمجرد أنه وجد على إقليم دولة أخرى . ولذا كان لابد في بعض

الأحوال أن يمتد قانون دولة معينة خارج حدود إقليمها ليحكم بعض علاقات
رعايا هذه الدولة الموجودين على إقليم دولة أخرى . وتسمى هذه الظاهرة
إمتداد القوانين أو شخصية القوانين ، ومؤداها إمكان امتداد حكم قوانين
الدولة إلى إقليم دولة أخرى بما لا يترتب عليه المساس بسيادة هذه الدولة .
وذلك لأن هذه الدولة — مع اعتبارها كائناً مستقلاً لا يطبق في إقليمه
إلا ما يصدره من قوانين — تقبل بإرادتها أن يطبق في إقليمها قانون أجنبي
في نوع معين من العلاقات .

لذا يمكن القول إنه يحكم مسألة فاعلية القوانين من حيث المكان مبدأ أن :
مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ امتداد القوانين أو شخصية القوانين .

وهنا يمكن الاستعانة بتقسيم القانون إلى عام وخاص ، في تحديد مجال
عمل كل من المبدأين وبعبارة أخرى يمكن أن نقسم الكلام في فاعلية القانون
من حيث المكان إلى الكلام أولاً في قواعد القانون العام ، ثم في قواعد
القانون الخاص .

الفرع الأول

تطبيق قواعد القانون العام من حيث المكان

٣١٣ — نعلم أن مبدأ إقليمية القوانين هو نتيجة مباشرة لكون الدولة
كائناً ذا سيادة . وإذا كان القانون العام هو القانون الذي يكفل للدولة
مباشرة سيادتها ، وكان هو القانون الذي يحكم كل علاقة تكون الدولة فيها
طرفاً ، باعتبارها صاحبة سيادة ، كان من المنطوق أن تكون القاعدة هي
اعتبار قواعد القانون العام قواعد إقليمية التطبيق فتطبق على جميع
الأشخاص الموجودين على إقليم الدولة من وطنيين وأجانب مادام أن
تطبيق هذه القواعد يكون متعلقاً بسيادة الدولة وسلامتها : ويقضى هذا
أن تفرق في قواعد القانون العام بين قواعد تقتضى سيادة الدولة وسلامتها

أن تطبق على جميع الموجودين في إقليم الدولة سواء أكانوا وطنيين أو أجنبان ، وقواعد لا تقتضى سيادة الدولة ولا سلامتها أن يقتصر تطبيقها على الوطنيين دون الأجانب .

٣١٥ - قواعد القانون الجنائى تطبق إقليمياً على الوطنيين والأجانب . والقانون المالى يطبق كذلك تطبيقاً إقليمياً بمعنى أن الاجنبى الذى يمارس نشاطاً خاصاً لضرية معينة يخضع لهذه الضرية فى الدولة التى يمارس فيها هذا النشاط ، وقواعد البوليس والأمن العام تطبق أيضاً على الأجانب لتعلقها بسلامة الدولة .

أما قواعد القانون الدستورى، فإنها سواء فيما تمنحه من حقوق أو تفرضه من أعباء وتكاليف ، لا تقتضى سيادة الدولة ولا سلامتها أن يطبق على الأجانب المقيمين على أرض الدولة : فلا يتمتع الأجانب المقيمون على أرض دولة ما بنفس الحقوق السياسية والعامة التى يتمتع بها الوطنيون فليس لهم حق الانتخاب ولا حق الترشيح ولا حق الاستفتاء ، ومقابل ذلك لا يتحملون الأعباء والتكاليف التى تلقى على الوطنيين فلا يكلفون بأداء الخدمة العسكرية كما يكلف الوطنيون .

وقواعد القانون الإدارى فيما يتعلق بحق شغل المناصب العامة تقتصر قواعده لنفس الأسباب على الوطنيين دون الأجانب .

الفرع الثانى

تطبيق قواعد القانون الخاص من حيث المكان

٣١٦ - نلم أن علاقات القانون الخاص لا تنسم بطابع سيادة الدولة أو سلطانتها إلا ما كان منها ذا طابع أمر أو ناهر بسبب تعلقه بمصلحة عليا وكانت لذلك متعلقة بالنظام العام أو الآداب . ولذا يمكن القول بصفة عامة .

إنه يمكن أن يسرى في علاقات القانون الخاص مبدأ امتداد القوانين مادام أنه لا يخل بسيادة الدولة أن تسمح بأن يطبق في إقليمها قانون أجنبي لحكم علاقة من علاقات القانون الخاص : ولذا توجد في قوانين جميع الدول قواعد تنظم تطبيق القوانين الأجنبية في إقليمها . وهذه تسمى قواعد القانون الدولي الخاص ، وهي قواعد لا تنظم العلاقات القانونية بل تبين القانون الذي يجب تطبيقه على العلاقة القانونية التي يوجد فيها عنصر أجنبي ، أهو القانون الوطني أم القانون الأجنبي .

وفيما يتعلق بقانوننا نجد هذه القواعد في القانون المدني في المواد من ١٠ إلى ٢٨

٣١٧ - وتصدر هذه القواعد عن معايير تختلف بحسب طبيعة العلاقة القانونية التي يتوافر فيها عنصر أجنبي . ولنضرب أمثلة لبعض هذه المعايير :

(١) معيار الجنسية : فقيما يتعلق بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم تطبق المادة ١١ المادة ١١ قانون الدولة التي ينتمى إليها الأشخاص بحسبهم . وكذلك طبق هذا المعيار في تحديد الشروط الموضوعية لصحة الزواج (م ١٢م) ، وفي تحديد الآثار المترتبة على عقد الزواج ، إذ يطبق عليها قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت الزواج (م ١٣م) ، وفي الطلاق إذ يسرى عليه قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق ، وفي الالتزام بالنفقة بين الأقارب حيث يطبق قانون المدين بالنفقة (م ١٥م) ، وفي المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين ، حيث يطبق قانون الشخص الذي يجب حمايته (م ١٦م) ، وفي الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت حيث يطبق قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته (م ١٧م) .

(ب) معيار قاسمه الظاهر : فلقد طبق هذا المعيار في مواد الحيازة والحقوق العينية على عقار أو منقول إذ يطبق في العقار قانون موقع

المعيار ، وفي المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها المنقول وقت كسب الحياة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو قدما (م ١٨) .

وكذلك طبق نفس المعيار بالنسبة إلى شكل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، إذ يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيلاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية (م ١٧/٢) ، وكذلك فيما يتعلق بشكل التصرفات التي تعقد بين الأحياء ، إذ يخضع شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه (م ٢٠) ، وفي قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات حيث يسرى قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تبأثر فيه الإجراءات (م ٢٢) ، وفي الالتزامات غير التعاقدية حيث يسرى قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام (م ٢١/١) ، وفي الالتزامات التعاقدية عند اختلاف موطن المتعاقدين حيث يطبق قانون الدولة التي تم فيها العقد (م ١٩) .

(ح) قانونه المرددة : وهذا يسرى على الالتزامات التعاقدية حيث يطبق القانون الذي اتفق الطرفان على تطبيقه على علاقتهما (م ١٩) .

(د) مبدأ النظام العام : ويعتبر النظام العام قيدا على مبدأ امتداد القوانين ، حيث لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا كانت أحكام هذا القانون مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر .

٣١٨ - على أن هناك قوانين تدخل في نطاق القانون العام وتكون بالتالي ذات تطبيق إقليمي يمتد مع ذلك أثرها استثناء فتطبق خارج حدود الدولة ، من ذلك أن قانون العقوبات المصري يطبق استثناء على بعض الجرائم التي ترتكب خارج الإقليم المصري بالنظر لما تنقسم به هذه الجرائم من إخلال بأمن الدولة ، كالجرائم المخلة بأمن الحكومة وجرائم التزوير في أوراق الدولة أو اختتامها أو أوراق النقد فيها (م ٢ عقوبات) .

وكذلك يسرى قانون العقوبات المصري على كل مصري ارتكب وهو

في الخارج فعلا يعتبر وفقاً للقانون المصري جنابة أو جنحة إذا كان هذا الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكب فيه إذا عاد هذا الشخص إلى الجمهورية العربية المتحدة ، ما لم يثبت أن محاكم الدولة التي ارتكب فيها الفعل قد برأته أو أنها حكمت عليه نهائياً واستوفى العقوبة (م ٣ و٤ عقوبات) .

٣١٩- كذلك الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يمكن أن تمتد إلى الخارج فتنفذ في إقليم دولة أخرى . بشرط المعاملة بالمثل . وفي هذا تقول المادة ٤٩١ من تقنين المرافعات ، الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها ، بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه .

فهرس

صفحة

١	فصل تمهيدى
١٩	الفصل الأول : فكرة القانون
١٩	المبحث الأول : النظام القانونى
٧٤	المبحث الثانى : خواص القانون
٣٧	المبحث الثالث : خواص القاعدة القانونية
٣٧	المبحث الرابع : المخاطبون بالقاعدة القانونية
٤٧	المبحث الخامس : تميز القواعد القانونية عن القواعد الأخرى الطبيعية والاجتماعية
٥٤	المبحث السادس : القانون الوضعى والقانون الطبيعى
٥٤	الفرع الأول : القانون الوضعى
٥٦	الفرع الثانى : القانون الطبيعى
٦٤	المبحث السابع : العوامل التى تساهم فى تكوين القانون وتطويره
٦٥	الفرع الأول : المدلل
٧٣	الفرع الثانى : المدلاة
٧٧	الفصل الثانى : القانون باعتباره مجموعة من التكاليف
٧٨	المبحث الأول : القواعد النافذة بذاتها وغير النافذة بذاتها
٨٧	المبحث الثانى : القواعد المطلقة والقواعد النسبية
٨٣	الفرع الأول : القواعد المطلقة (الأمرة)
٨٣	الفرع الثانى : القواعد النسبية (المكحلة)
٨٧	الفرع الثالث : معيار تميز القاعدة المطلقة عن القاعدة النسبية
٨٨	الفرع الرابع : النظام العام والآداب
٨٩	المطلب الأول : النظام العام
٩٣	المطلب الثانى : الآداب
٩٥	المبحث الثالث : القواعد الجامدة والقواعد للرنة
٩٧	المبحث الرابع : النصوص التى ليس لها مضمون ملزم
١٠١	الفصل الثالث : تقسيمات القانون
١٠٢	المبحث الأول : القانون العام والقانون الخاص
١٢٧	الفرع الأول : فروع القانون العام
١٢٦	الفرع الثانى : فروع القانون الخاص

صفحة

١٢٨	المبحث الثاني : القانون الداخلى والقانون الدولى .
١٣٤	المبحث الثالث : القانون الفردى والقانون الجماعى
١٣٨	المبحث الرابع : القانون بين الفردية والاشتراكية
١٣٨	الفرع الأول : المذهب الفردى
١٤٢	الفرع الثانى : المذهب الاشتراكى
١٤٥	الفرع الثالث : موقف القانون المصرى من هذين المذهبين
١٥٠	الفصل الرابع : مصادر القانون
١٥٢	المبحث الأول : التشريع
١٥٣	الفرع الأول : التشريع بالمعنى الفعلى
١٥٧	الفرع الثانى : التشريع بالمعنى الموضوعى أو المادى
١٥٨	المطلب الأول : تفریم بالمعنى الموضوعى ذو قيمة موضوعية
١٥٩	المطلب الثانى : تفریم بالمعنى المادى له قيمة التشريع الشكلى
١٦٢	الفرع الثالث : تدرج التشريع
	الفرع الرابع : لإلزامية التشريع « قاعدة لا يقبل من أحد أن يدعى بجهله
١٦٣	القانون »
١٦٦	الفرع الخامس : الفن التشريعى والصياغة القانونية
١٦٩	§ ١ — طرق الصياغة المادية
١٧٢	§ ٢ — طرق الصياغة المنوية
١٧٤	الفرع السادس : التقنين
١٨١	المبحث الثانى : العرف
١٨٢	الفرع الأول : عناصر العرف
١٨٣	§ ١ — المنصر الخارجى (المادى أو الموضوعى)
١٨٥	§ ٢ — المنصر الداخلى (الشخصى أو النفسى)
١٨٦	الفرع الثانى : العادة الاتفاكية والقاعدة العرفية
١٨٩	الفرع الثالث : أنواع العرف
١٩٣	الفرع الرابع : مدى قدرة القاعدة العرفية على مخالفة قاعدة تشريعية
١٩٥	المبحث الثالث : مبادئ الشريعة الإسلامية
	الفرع الأول : الدين بختياره مصدراً للقانون (الشريعة الإسلامية والشرائع الدينية الأخرى)
١٩٦	
١٩٩	الفرع الثانى : مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً احتياطياً
٢٠٠	المبحث الرابع : مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة
٢٠١	المبحث الخامس : الفقه والقضاء . هل يعتبران من مصادر القانون
٢٠٥	الفصل الخامس : تطبيق القانون
٢٠٦	المبحث الأول : التثبت من القاعدة القانونية

صفحة	
٢٠٩	المبحث الثاني : تحديد معنى القاعدة القانونية
٢١٠	الفرع الأول : التفسير
٢١٠	المطلب الأول : أنواع التفسير
٢١٧	المطلب الثاني : موضوع التفسير
٢١٣	المطلب الثالث : طرق التفسير
٢١٨	المطلب الرابع : نتائج التفسير
٢٢١	المطلب الخامس : استتار الأحكام من النصوص
٢٢٤	الفرع الثاني : التكميل
٢٣١	الفرع الثالث : مذاهب التفسير ووقف التقنين المدنى منها
٢٣٨	الفصل السادس : النطاق الزمانى والمكانى للقواعد القانونية
٢٣٨	المبحث الأول : تطبيق التفسير من حيث الزمان
٢٣٨	الفرع الأول : المدى الزمنى لانطباق التفسير
٢٣٩	المطلب الأول : الإلغاء
٤٤٠	المطلب الثاني : صور الإلغاء
	الفرع الثاني : مدى فاعلية التفسير من حيث الزمان (تنازع القوانين من حيث الزمان)
٢٤٤	١ - نظرية الوفاة التى تحت
٢٤٦	٢ - نظرية الأثر المباشر
٢٤٦	٣ - نظرية المآل الوضعية فى تنازع القوانين من حيث الزمان
٢٤٨	١ - تنازع القوانين من حيث الزمان فى التقنين للمدى
٢٥١	٢ - تنازع القوانين من حيث الزمان فى التقنين للمرافعات
٢٥٦	٣ - تنازع القوانين من حيث الزمان فى التقنين الجنائى
٢٦٧	المبحث الثالث : تطبيق القانون من حيث المكان
٢٦٨	الفرع الأول : تطبيق قواعد القانون العام من حيث المكان
٢٦٩	الفرع الثاني : تطبيق قواعد القانون الخاص من حيث المكان

تصويب

الخطأ	الصفحة	السطر	الصواب
عامة وخاصة	٢	٨	عامة وخاصة
الفقيه: الفيلسوف	٥	٦	الفقيه والفيلسوف
الجماعة	٢٠	٢١	الجماعة
يقتضى	٢٢	السطر الأول من الهامش	لا يقتضى
بعض	٢٣	١٩	بعضهم
تظهر	٢٥	٣	تظهر
بالعملية	٣٢	٩	بعملية
القانون العام	٣٨	١٧	القانون الخاص
مما	٤١	١٩	من
الفنية	٤٣	١	الفيزيائية
الظواهر	٤٣	١٩	الظواهر
يمكن	٥٢	١٢	يكن
القانون الطبيعي	٥٦	٢	القانون الوضعي
قلب إنسان	٥٧	٦	قلب كل إنسان
كل جميع القوانين	٥٧	٧	جميع القوانين
وضعه	٦٠	٦	وصفه
الملكية	٧١	٢	الملسكة
ratio	٧٣	٥	
سلف	٧٩	١٨	سلفا
يرجع	٨٠	١٩	يرجع
ليس	٨٨	١٠	ليست
عامة	٩٢	٩	عامة
خاصة	٩٢	١٠	خاصة
فيها	٩٣	١٧	فيها
<i>jus privatum</i>	١٠٢	٣	<i>jus publicum</i>
<i>jus publicum</i>	١٠٢	٤	<i>jus privatum</i>
تنظم	١٠٦	١٨	تنظم
مجموعة	١٠٨	٢٣	مجموعة

الخطأ	صفحة	السطر	الصواب
اعتباره من الطرفين	١١٠	٣	اعتباره كل من الطرفين
السلطة	١١٠	١٤	السلطة
يعد معنى معقله	١١٧	١٦	يعد معقله
كانت	١١٩	١٤	كان
للعامه	١٢٢	٩	العامه
الفرع الثاني	١٤٥	١٣	الفرع الثالث
popubi	١٦٠	١٣	populi
Soctrine	٢٠١	٩	Doctrine
مصدر	٢٠١	١١	مصدراً
امضة	٢٠٤	١	غامضة
الفصل الرابع	٢٠٥		الفصل الخامس
واضعية	٢١٧	١٣	واضعيه
الشهر ستافى	٢٢٤	سطر ٨ من الهامش	الشهر ستافى
ترضاء	٢٢٤	سطر ١٠ من الهامش	يرضاء
الفعليه	٢٣٥	٥	العقلية
الفصل الخامس	٢٣٨		الفصل السادس
التي	٢٤١	٦	الذى
الآثر الرجعى الجديد	٢٥٠	٨	الآثر الرجعى للقانون الجديد
الحالية المستقبله	٢٥٣	١٦	الحالية والمستقبله

Bibliotheca Alexandrina



0402708